



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Carl Henrik Gunnehill

Konkurrenspräglad dialog
- hämmande eller
konkurrensfrämjande?

Examensarbete
20 poäng

Handledare: Professor Hans Henrik Lidgard

Ämnesområden: EG-rätt och offentlig upphandling

Termin: 9

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Introduktion	5
1.2 Syfte och frågeställning	5
1.3 Metod och avgränsningar	6
1.4 Material	9
1.5 Disposition	10
2 BAKGRUND TILL UPPHANDLINGSLAGSTIFTNINGEN	12
2.1 Allmänt om regleringen i Sverige	12
2.1.1 LOU	12
2.1.2 Övriga regleringar	13
2.2 EG-rättslig reglering och svensk implementering	14
2.2.1 Grundläggande principer	14
2.2.2 De nya upphandlingsreglerna	15
2.2.3 Skillnaden mellan konkurrenspräglad dialog och förhandlat förfarande	17
2.2.4 Implementeringsprocessen i Sverige	19
3 KONKURRENSPRÄGLAD DIALOG – I ETT JURIDISKT PERSPEKTIV	21
3.1 Tillämplighet	21
3.1.1 Ett särskilt komplicerat kontrakt	22
3.1.2 Öppet eller selektivt förfarande medger ej kontrakt	23
3.1.3 Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet	24
3.2 Procedur	25
3.2.1 Offentliggörandet	25
3.2.2 Dialogfasen	26
3.2.3 Anbudsfasen	30
3.2.4 Överprövning	33

4	KONKURRENSPRÄGLAD DIALOG – I ETT SAMHÄLLELIGT PERSPEKTIV	35
4.1	Konkurrenspräglad dialog i svensk diskurs	35
4.1.1	Kompetensoptimerad	35
4.1.2	Snårig	36
4.1.3	Likabehandlingsintrikat	38
4.1.4	Resurskrävande	38
4.1.5	Utkonkurrerad	39
4.2	Konkurrenspräglad dialog i Danmark	41
4.2.1	Elektronisk patientjournallösning	41
4.2.2	Offentligt-privata partnerskap	43
4.3	Konkurrenspräglad dialog för Region Skåne	45
4.3.1	Är konkurrenspräglad dialog egentligen något nytt?	45
4.3.2	Konfidentialitet, resurser och förhandlat förfarande	46
4.4	Konkurrenspräglad dialog för IT-leverantörerna	47
4.4.1	Atea	47
4.4.2	Apptus	49
4.4.3	Forsler & Stierna	50
5	DISKUSSION OCH SLUTSATSER	52
5.1	Hämmande eller konkurrensfrämjande?	52
5.2	Förslag till vidare forskning	54
	BILAGA A – UTDRAG UR DIR. 2004/18/EG	55
	BILAGA B – INTERVJUFRÅGOR	58
	BILAGA C – VERIFIERADE INTERVJUANTECKNINGAR	59
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	72
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	77

Summary

This thesis examines the legal interpretation of the new procurement procedure *Competitive Dialogue* and its opportunities to fulfil its expressed purposes; to offer a flexible procedure with preserved competition that meets the need for the authority to discuss all aspects of the contract with the candidates. A traditional legal method as well as a sociology of law approach are used.

The Competitive Dialogue is only to be applied in exceptional cases. If the contracting authority considers that the use of the *open* or *restricted procurement procedure* will not allow the award of a *particular complex contract*, the latter may make use of the new procedure. The authority shall publish a contract notice setting out its requirements. It then opens a dialogue, the aim of which shall be to identify the means best suited to satisfying its needs. All aspects of the contract may be discussed with the chosen candidates separately. During the dialogue, contracting authorities shall ensure equality of treatment among all tenderers. The contracting authority shall continue the dialogue until it can identify the solution or solutions which are capable of meeting its needs. Having declared that the dialogue is concluded, the contracting authority shall ask the candidates to submit their final tenders on the basis of the solutions presented during the dialogue. The contracting authority shall choose the most economically advantageous tender. There are possibilities for a participant in the procedure to appeal against parts of the procurement procedure.

It is clear that the Competitive Dialogue meets a growing demand. It also possesses the necessary qualifications for a preserved competition and flexibility in the procurement procedure. Denmark's experiences of the procedure so far must be regarded as beneficial. The interviewed Swedish companies are generally positive to the new institute while the contracting authority holds a more cautious attitude.

Unfortunately, case law regarding the Competitive Dialogue is lacking. Therefore, applicational problems might be presupposed. Furthermore, the procedure is extraordinarily resource-demanding and risks the absence of smaller companies in the process unless compensation is granted by the contracting authority. Another serious threat to the dialogue is the risk that confidential information is widespread during the procedure. To overcome the obstacles above, demands a very high degree of professionalism by the contracting authority. Moreover, the empiric examination has shown that the need of the contracting authority for pre-tender communication with the candidates can be met in less formalistic and resource demanding ways. Even if Competitive Dialogue in its elementary idea has vast possibilities to promote competition the mentioned indistinctness of the procedure may on the other hand result in a restraining direction.

Sammanfattning

Detta examensarbete avser klarlägga den konkurrenspräglade dialogens juridiska innebörd och därtill undersöka om den kan väntas uppfylla sina uttalade syften. Metoden har dels varit rättsdogmatisk, dels rättssociologisk. Den konkurrenspräglade dialogens syften är att vara ett flexibelt upphandlingsförfarande, att upprätthålla konkurrens mellan ekonomiska operatörer och att tillgodose den upphandlande myndighetens behov av att diskutera alla aspekter av ett särskilt komplicerat projekt med varje enskild anbudssökande.

Den konkurrenspräglade dialogen är ett nytt upphandlingsförfarande som bara skall kunna tillämpas i undantagsfall. Tillämplighetskriterierna är att det skall röra sig om ett särskilt komplicerat kontrakt, att tilldelningsgrunden skall vara det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet samt att den upphandlande myndigheten anser att öppet eller selektivt förfarande ej medger kontrakt.

Förfarandet inleds med annonsering varefter ansökningar om att delta i dialogen inkommer. Den upphandlande myndigheten väljer därefter som huvudregel ut minst tre leverantörer till att delta i dialogfasen. Under dialogen får myndigheten diskutera alla aspekter av kontraktet med de utvalda leverantörerna var för sig. Det är viktigt att alla leverantörer behandlas lika under dialogen. När den upphandlande myndigheten funnit den eller de lösningar som tillgodoser dess behov förklaras dialogen avslutad och leverantörerna uppmanas att inkomma med sina slutliga anbud. Anbudena värderas på grundval av tilldelningskriterierna varvid vinnaren av kontraktet utses. Det finns både före och efter kontraktets slutande möjlighet för leverantör att överpröva delar av upphandlingen.

Att den konkurrenspräglade dialogen fyller ett praktiskt behov är klart. Den hyser också förutsättningar för bibehållen konkurrens och flexibilitet i upphandlingen. Danmarks erfarenheter av förfarandet får sägas vara goda. De intervjuade svenska leverantörerna är överlag positiva till institutet medan den intervjuade upphandlaren förhåller sig mer försiktig. Dock saknas praxis helt på området. Det kan således befaras en del tillämpningsproblem. Vidare är förfarandet synnerligen resurskrävande, vilket riskerar att stänga ute de mindre och medelstora leverantörerna om inte den upphandlande myndigheten bestämmer att betalning till dialogdeltagarna ges. En allvarlig farhåga med dialogen är att konfidentiell information läcker ut, vilket ställer stora professionalitetskrav på den upphandlande myndigheten. Det har i den empiriska undersökningen visats att behovet för upphandlaren att träffa leverantören innan anbud kan lösas på mindre formalistiska och resurskrävande sätt. Den konkurrenspräglade dialogen har i sin grundidé stora förutsättningar att vara konkurrensfrämjande. Nämnade oklarheter och risker ovan gör dock att det nya förfarandet rentav kan verka konkurrenshämmande.

Förord

Förevarande arbete markerar avslutningen av fyra års juridikstudier. Resan har varit lång och mycket kunskap har inhämtats. Den färdighet som dock alltid kommer att bestå efter nötandet av tidens tand är den juridiska metoden.

Jag vill ta tillfället i akt att tacka min handledare Hans Henrik Lidgard.

Därtill är de personer som avsatt värdefull tid till intervjuer värda ett stort tack. Det är min förhoppning att examensarbetet också kommer att komma er till nytta på något sätt. Tack Mikael Åkerlund (NOU), Jerker Alm (Region Skåne), Olle Sanfridsson (MA-Skåne), Sten Forsler (Forsler & Stierna), Mikael Larsson (Atea) och Ulf Stål (Apptus). Det är tack vare er uppsatsen fått en välbehövlig verklighetsanknytning.

Tack också till min korrekturläsande vän Muhamet Brahim, min sambo Malin Rasmusson och min mor Iréne Gunnehill.

Det här examensarbetet tillägnas min mormor: Valborg Stenmarker.

Landskrona 2007-05-29

Förkortningar

Dir.	direktiv
EG	EG-fördraget
EGT	Europeiska gemenskapens officiella tidning
ERT	Europarättslig tidskrift
EU	Europeiska unionen
GPA	Government Procurement Agreement
LIU	Lag (1999:312) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling.
LOU	Lag (1992:1528) om offentlig upphandling
NOU	Nämnden för offentlig upphandling
PPLR	Public Procurement Legal Review
PPP	Public Private Partnership
SOU	Statens offentliga utredningar
UfR	Ugeskrift for retsvæsen
WTO	World Trade Organization

1 Inledning

1.1 Introduktion

Den offentliga upphandlingen har en utomordentligt stor ekonomisk betydelse. I Sverige omsätter den offentliga upphandlingen varje år omkring 400 miljarder svenska kronor, vilket motsvarar ca 20 % av nationalprodukten. Huvuddelen, ca 250 miljarder, faller på inköp av kommuner och landsting.¹ Lagstiftningen på området har emellertid under lång tid fått utstå kritik för att vara för ineffektiv och inte generera tillräckligt med konkurrens. Under senare år har en översyn av upphandlingsreglerna förberetts på EU-nivå. Detta har bland annat resulterat i två direktiv avseende den offentliga upphandlingen; ett för den klassiska sektorn och ett för försörjningssektorn. För att råda bot på trögheten i den mycket formaliserade upphandlingsprocessen har bland annat det nya förfarandet konkurrenspräglad dialog införts i det klassiska direktivet. De båda direktiven som skulle ha införlivats i Sverige den 31/1 2006 håller i skrivande stund fortfarande på att beredas i Regeringskansliet. Den konkurrenspräglade dialogen beskrivs i det klassiska direktivet som:

(...) ett förfarande som varje ekonomisk aktör kan begära att få delta i och där den upphandlande myndigheten för en dialog med de anbudssökande som har inbjudits att delta i detta förfarande, för att nå fram till en eller flera lösningar som kan tillgodose myndighetens behov och som utgör grunden för de anbud som de utvalda anbudssökandena inbjuds att lämna.²

Den offentliga upphandlingens aktörer i Sverige synes således stå inför nya utmaningar. Det är därför relevant att undersöka hur en av dessa: den konkurrenspräglade dialogen, kan väntas fungera i det svenska samhället.

1.2 Syfte och frågeställning

Denna examensuppsats syftar till att göra en analys av det i det nya klassiska direktivet införda institutet konkurrenspräglad dialog. Jag vill utvärdera institutets juridiska innebörd och därtill undersöka om det i Sverige kan väntas uppfylla de uttalade syftena. Den konkurrenspräglade dialogens syften är att vara ett flexibelt upphandlingsförfarande, att upprätthålla konkurrens mellan ekonomiska operatörer och att tillgodose den upphandlande myndighetens behov av att diskutera alla aspekter av ett särskilt komplicerat projekt med varje enskild anbudssökande.³ Eftersom jag vill att examensarbetet skall kunna vara till gagn för de yrkesverksamma

¹ Bernitz, Ulf: Svensk och europeisk marknadsrätt, 2004, s. 222.

² Dir 2004/18/EG, artikel 11.c.

³ Dir. 2004/18/EG beaktandesats 31.

på området strävar uppsatsen också efter att komma vidare från den traditionella deskriptiva uppsatsen. Mitt syfte med arbetet är av den orsaken också att den konkurrenspräglade dialogen även skall studeras ur ett rättssociologiskt perspektiv. Därför kommer Danmarks praktiska erfarenheter liksom svenska praktikers uppfattningar om den konkurrenspräglade dialogen vidare att undersökas och i analysen kopplas till dess uttalade syften.

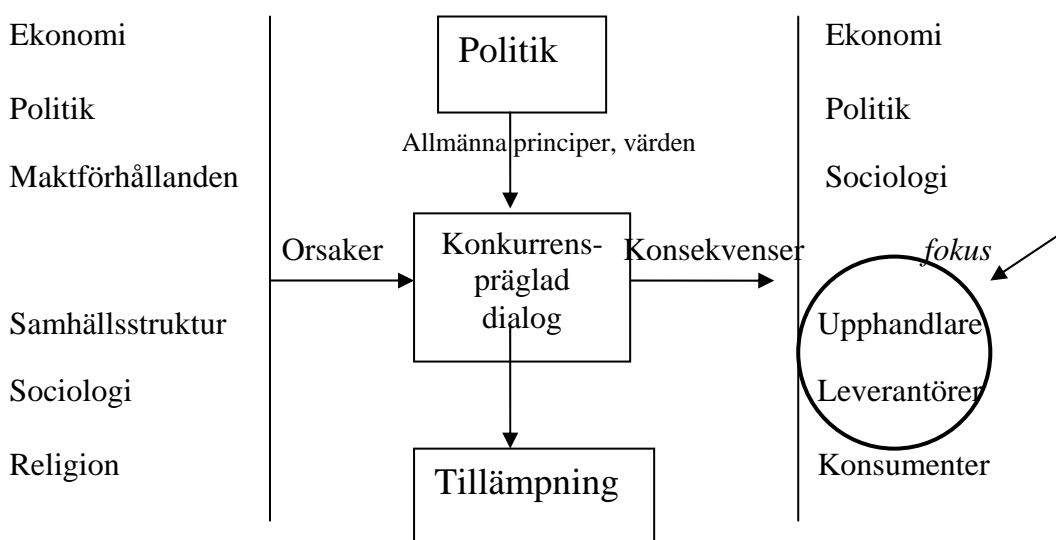
1.3 Metod och avgränsningar

Föremålet för uppsatsen; den konkurrenspräglade dialogen, är en väl definierad företeelse i det klassiska direktivet, varför några ytterligare avgränsningar inte torde behövas. Andra företeelser och förfaranden såsom *förhandlat förfarande* kommer bara tangeras för att sätta den konkurrenspräglade dialogen i sitt rätta sammanhang. Uppsatsen kommer inte att behandla den offentliga upphandlingens generella definitionsproblematik vad exempelvis gäller begreppet ”upphandlande myndighet”. Däremot kommer begrepp direkt knutna till den konkurrenspräglade dialogen, såsom ”särskilt komplicerade kontrakt” naturligtvis att gås igenom. Vidare är den konkurrenspräglade dialogen skapad bland annat med så kallade offentligt-privata partnerskap i åtanke. Dock kan jag på grund av utrymmesbrist inte gå in i den senare företeelsens både komplexa och ofta oreglerade förutsättningar. Avseende uppsatsens metod kan följande anföras.

Uppsatsen bygger dels på den traditionella rättsdogmatiska metoden, dels på rättssociologisk metod. Den traditionella rättsvetenskapliga metoden används för att tolka och systematisera tillämplig lag. Rättskällor såsom lagar, förarbeten, rättspraxis och doktrin används för att bringa klarhet inom det valda rättsområdet, i vårt fall den konkurrenspräglade dialogen. Metoden kan sammanfattas med att den intresserar sig för ”samhället genom rätten” eller ”the law in books”. Med hjälp av denna metod kommer jag att söka klargöra gällande rätt avseende den konkurrenspräglade dialogen. De specifika rättskällorna för förevarande uppsats är i första hand det klassiska direktivet. Detta innehåller dock inte några detaljerade regler om genomförandet av förfarandet. Kommissionen har i en förklarande not angett hur den ser på bestämmelserna om konkurrenspräglad dialog, vilken kommer att användas i arbetet. Den svenska upphandlingsutredningen har baserat sitt förslag till ny upphandlingslagstiftning på en kombination av dessa källor. Detsamma gäller den danska Konkurrencestyrelsens vägledande dokument. Vidare har en del sagts om den konkurrenspräglade dialogen i doktrinen, vilket kommer att beaktas. Läsaren måste emellertid vara observant på att det ytterst är EG-domstolen och ingen annan som har att tolka bestämmelsernas närmare innebörd.

Ett rättssociologiskt anslag innebär ett studium av rätten i samhället eller ”the law in action”. Metoden utgår exempelvis från att det föreligger en växelverkan mellan å ena sidan rättsregler och dess tillämpning och å andra

sidan samhälleliga faktorer såsom politik, ekonomi och andra sociala förlopp. Metoden syftar således till att belysa den samhälleliga verklighet paragraferna representerar. Jag låter en modell av rättssociologins arbetsfält demonstrera detta. Rättssociologen intresserar sig främst för den horisontella relationen i modellen.⁴ Jag har i modellens konsekvensled lagt in upphandlare, leverantörer och konsumenter som möjliga undersökningsobjekt. Jag har valt upphandlare och leverantörer och markerat avgränsningen med en cirkel i figurens nedre högerkant.



Figur 1 -Rättssociologins arbetsfält⁵

Jag kommer således att komplettera den rättsdogmatiska undersökningen av den konkurrenspräglade dialogen med en empirisk granskning. Mer konkret vill jag undersöka den konkurrenspräglade dialogens förutsättningar för Skånes största upphandlare: Region Skåne och dess potentiella leverantörer. Anledningen till att Region Skåne valts är dels dess betydelse; man upphandlar årligen för mycket stora belopp, ca 10 miljarder årligen, dels att myndigheten finns inom geografiskt räckhåll.⁶

I studiens empiriska del vill jag således anlägga ett upphandlar- och leverantörsperspektiv då dessa aktörer tveklöst är de viktigaste inom den offentliga upphandlingens område. Emellertid kan inte alla upphandlare och leverantörer genomgå empiriskt. Vad gäller valet av upphandlare är valet oproblemiskt: MA-Skåne - Region Skånes organisation för upphandling och varuförsörjning. Angående leverantörsaspekten blir avgränsningen svårare. Här kommer jag att avgränsa mig till ett specifikt

⁴ Rejmer, Annika: Vårdnadstvister, 2003 s. 22.

⁵ Rejmer, Annika: Vårdnadstvister, 2003, s. 22.

⁶ Region Skånes upphandlingspolicy,

<http://www.skane.se/upload/Organisation/Mål%20&%20policys/Upphandlingspolicy.pdf>.

upphandlingsområde. Region Skåne skiljer mellan tolv olika typer av upphandlingskontrakt, varav en benämns *IT och telefoni*.⁷ Då, som nedan utförligt skall utvecklas, den konkurrenspräglade dialogen endast kan aktualiseras när det är fråga om särskilt komplicerade kontrakt bör ett upphandlingsområde väljas där kontakt och åsyftade lösningar kan väntas bli komplexa.

I en av direktivets beaktandesatser exemplifieras tre situationer när institutet kan komma att användas.⁸

Vid genomförandet av viktiga integrerade infrastrukturprojekt.

Vid omfattande lösningar för datornätverk.

Vid projekt som innefattar komplex finansiering och juridisk design som inte kan bestämmas i förväg (kommissionen syftar här främst på så kallade PPP-lösningar eller offentlig-privata partnerskap).

Dessvärre har aktuella större infrastrukturprojekt i regionen redan upphandlats eller är under upphandling. Jag tänker här på Citytunneln och Öresundstågtrafiken. Vidare är offentlig-privata partnerskapslösningar tämligen ovanliga i Sverige och omfattar flera olika typer av leverantörer vilket gör området svårundersökt varför jag kommer att fokusera på upphandlingskontrakt av typen IT och telefoni. Det bör påpekas att mitt val av denna kategori även speglar mitt intresse. Jag är medveten om att det troligtvis kan återfinnas särskilt komplicerade kontrakt även inom andra kategorier såsom medicinteknisk utrustning. Dock måste en avgränsning göras.

Antalet leverantörer av IT- och telefonilösningar förefaller emellertid vara alltför högt för förevarande arbetes begränsade utrymme. Det kan likaså understrykas att jag hellre ser ett mindre antal leverantörer intervjuas på djupet än en positivistisk kvantitativ enkätundersökning riktad till samtliga. Det är tillika en omöjlighet att ha kontakt med alla leverantörer då dessa (åtminstone teoretiskt) finns utspridda över hela EU:s inre marknad. Av praktiska skäl kommer jag därför att välja tre leverantörer till offentlig sektor som bedriver verksamhet i Skåne. För att vara få en viss spridning bland leverantörerna är en av dem ett stort marknadsledande företag. En annan är en medelstor leverantör och en tredje ett mindre företag. Med hjälp av Eniros hemsida valdes tre lämpliga leverantörer ut. Intervjuer kom sedan att företas med upphandlingsansvariga för respektive företag samt för Region Skåne vilka syftade till att kartlägga deras förhållande till den konkurrenspräglade dialogen.

Före intervjuerna skickade jag del 1-3 av förevarande examensarbete till dem som skulle bli intervjuade. Anledningen till att jag inte skickade avsnittet om den svenska diskursen samt det om Danmarks erfarenheter i del 4 var att jag inte ville att intervjupersonerna skulle bilda sig en förutfattad

⁷ Region Skånes organisation för upphandling och varuförsörjning: Avtalswebben, <http://avtal.skane.se/Search.aspx>.

⁸ Dir. 2004/18/EG, beaktandesats 31.

mening om konkurrenspräglad dialog. Jämte valda delar av examensarbetet bifogade jag ett antal frågor som intervjupersonen skulle få fundera på före intervjun tillsammans med en kort sammanfattning av den konkurrenspräglade dialogens tillämplighet och process om intervjupersonen av olika anledningar inte skulle kunna tillgodogöra sig den tämligen mastiga juridiska redogörelsen. Frågorna som aktörerna skulle ta ställning till och som utgjorde den röda tråden i intervjuerna kan den intresserade ta del av i Bilaga B. Man kan säga att jag använde mig av en semi-strukturell intervjuteknik, där frågorna ovan var basen men där det också lämnades möjlighet för flexibilitet och tvåvägskommunikation varvid hänsyn togs till aktörernas upphandlingskunskaper.⁹ Varje intervju har transkriberats och därefter bekräftats av respektive intervjuperson. De validerade intervjuanteckningarna återfinns i bilaga C.

Den andra kontributionen till det rättssociologiska samhällsperspektivet kommer i uppsatsen att utgöras av en undersökning av Danmarks erfarenheter av den konkurrenspräglade dialogen. Våra grannar på andra sidan sundet var unionens första medlem att införa den konkurrenspräglade dialogen och de nya direktiven över huvud taget. Landet har i dagsläget tillämpat de nya EG-direktiven i två år. Danmark har många likheter med Sverige, och är i högsta grad, tillsammans med Skåne, delaktig i den starkt växande Öresundsregionen, varför en analys av danska leverantörers och upphandlares erfarenheter av den konkurrenspräglade dialogen kan vara väl så nyttig, särskilt när analysobjekten i Sverige finns i Skåne.

Efter en översyn av tillgängligt material i Danmark har jag slutit mig till den bedömningen att några regelrätta intervjuer i landet inte är nödvändiga. Detta hade tillika varit alltför tidskrävande. Komparationen kommer således att ske med hjälp av skriftligt danskt material såsom artiklar och doktrin.

1.4 Material

Det primära materialet i den rättsdogmatiska analysen är det klassiska direktivet och kommissionens förklarande not till den konkurrenspräglade dialogen. Därtill kommer upphandlingsutredningens slutsatser och förslag till ny upphandlingslagstiftning och det ringa som skrivits om den konkurrenspräglade dialogen i svensk doktrin, främst i ERT. En intervju har genomförts med en juridisk rådgivare på NOU. Ett antal artiklar från den ledande upphandlingstidskriften på gemenskapsnivå, PPLR, har också medtagits i materialet. All rättspraxis på området lyser än så länge med sin frånvaro.

Efter en sökning efter akademiska arbeten på Internet fann jag Therese Olaussons magisteruppsats från Linköpings universitet som behandlar konkurrenspräglad dialog, dynamiska inköpssystem och elektronisk auktion.

⁹ Esaiasson, Peter m fl: Metodpraktikan, 2003, s. 286.

Uppsatsen har ett rättsekonomiskt angreppssätt och avsnittet om konkurrenspräglad dialog tangerar till viss del förevarande examensarbete.¹⁰

Emellertid är det mycket som skiljer uppsatserna åt. Olaussons perspektiv är inte rättssociologiskt, hennes behandling av den konkurrenspräglade dialogen utgör endast en del i arbetet och empiriska undersökningar saknas helt. Uppsatsen har dessutom två år på nacken, varför många nyare källor såsom kommissionens förklarande not, upphandlingsutredningens slutbetänkande och diverse praktiska erfarenheter inte har kunnat tas med. Olausson tar i sin analysdel upp ett antal av den konkurrenspräglade dialogens möjligheter och risker, faktorer som jag kommer ta inspiration av i min empiriska underökning. Då vetenskapen är kumulativ kommer därför mitt examensarbete att tillföra forskningen både djup och bredd som inte funnits tidigare på området. Det finns till och med anledning att anta att jag med mitt examensarbete kommer att skapa en ny rättskälla, dels på grund av att det kommer att utgöra den hittills mest genuina analysen av institutet de lege lata, dels genom den empiriska underökningen av konkurrenspräglad dialog i samhället.

Vad gäller den konkurrenspräglade dialogen i Danmark finns det som sagt något mera skriftligt material att tillgå avseende de danska erfarenheterna av institutet. Det finns dessutom riktlinjer utgivna av den danska Konkurrencestyrelsen och en viss debatt i doktrinen. När det slutligen gäller det svenska empiriska materialet består detta av med diktafon utförda intervjuer med leverantörer och upphandlande myndighet.

1.5 Disposition

Efter det inledande kapitlet kommer en bakgrund ges för att den konkurrenspräglade dialogen skall förstås i sitt rätta sammanhang. Bakgrunden kommer om möjligt hållas kort då författaren utgår från att läsaren är tämligen väl insatt i EG- och upphandlingsrätten. Vad gäller skillnaden mellan konkurrenspräglad dialog och det ytligt sett lika förhandlade förfarandet har jag ansett det nödvändigt med en mer fyllig redogörelse. I avsnitt tre kommer sedan den konkurrenspräglade dialogen att behandlas ur ett rättsligt perspektiv. Direktivtexten är för detta den givna basen, men även upphandlingsutredningens lagförslag har inlemmats i avsnittet. Syftet med detta kapitel är att uttolka gällande rättsläge på området. Kapitlets upplägg kommer att följa upphandlingsutredningens pedagogiska ordning i det svenska lagförslaget till upphandlingslag inom den klassiska sektorn. Innehållsmässigt står utredningens förslag i överensstämmelse med direktivtexten om inget annat anges.

Därpå följer därför studiens rättssociologiska del där institutet analyseras ur ett samhällsperspektiv. Först introduceras de farhågor och möjligheter med institutet som framförts i svensk juridisk debatt, därefter undersöks

¹⁰ Olausson, Therese: Offentlig upphandling, Linköpings universitet, vt 05.

Danmarks erfarenheter. Sedan följer resultaten av intervjuundersökningarna av upphandlarens respektive leverantörernas relationer till den konkurrenspräglade dialogen. Jag har i det senare avsnittet inte funnit skäl att behålla fotnotsystemet då det tydligt framgår i texten vem som sagt vad och några andra källor än intervjuerna inte förekommer. Jag har således inte själv inflikat egna åsikter i dessa avsnitt. Arbetet fullföljs med några avslutande kommentarer och slutsatser.

Låt oss nu ge oss i kast med själva uppsatsen. Vi börjar med en bakgrund till upphandlingslagstiftningen.

2 Bakgrund till upphandlingslagstiftningen

Det är elementärt att känna till gällande upphandlingsrätt för att kunna tillgodogöra sig tillkommande bestämmelser om den konkurrenspräglade dialogen som det kommer att redogöras för i nästa kapitel. I det följande skall därför en översiktlig genomgång av upphandlingsregleringen i Sverige och på EG-nivå göras.

2.1 Allmänt om regleringen i Sverige

2.1.1 LOU

Regler för de statliga myndigheternas upphandling har funnits under hela 1900-talet. Den huvudsakliga regleringen av offentlig upphandling i Sverige utgörs i dag av LOU, som varit i kraft sedan 1994. Genom införandet av LOU åtog sig Sverige att införa regler motsvarande EU:s regler om den offentliga upphandlingen inom den inre marknaden. LOU är en förfarandelag som behandlar upphandlingsprocessens olika delar.¹¹ Processen inleds med att den upphandlande enheten annonserar eller på annat sätt kungör sina upphandlingsbehov. Leverantörer kommer därefter in med anbud varefter dessa värderas utifrån fastställda kriterier. Slutligen sker en kontraktstilldelning. Den upphandlande myndigheten skall då antingen välja det anbud som erbjuder det lägsta priset eller det som är ekonomiskt mest fördelaktigt.¹²

LOU innebar en omdaning i flera viktiga avseenden av det system som tidigare gällt i Sverige främst genom att de medel som tillhandahålls för uppnående av nämnda mål blev noga angivna genom tämligen omfattande detaljplaneringar av upphandlingsprocessens olika skeden. Dessutom vidgades den juridiska definitionen av begreppet upphandlade enhet. Likaså innebar den nya regleringen att kontrollen av att en upphandling sker på ett riktigt sätt garanterades genom att en upphandling kan överprövas av domstol. Vidare gjordes det möjligt för en domstol att döma ut skadestånd. Det är viktigt att påpeka att LOU stipulerade starkt begränsade möjligheter till kontakter mellan upphandlande enhet och leverantör.¹³

LOU är uppbyggd på så vis att vissa för all upphandling gemensamma bestämmelser införts i kap. 1. Därefter har de specifika bestämmelserna ur respektive EG-direktiv lyfts ut till var sitt kapitel. I kap. 2 finner vi således

¹¹ SOU 2005:22 s. 181.

¹² Europeiska unionens sammanfattning av lagstiftningen: Offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster, <http://europa.eu/scadplus/leg/sv/s11000.htm>.

¹³ SOU 2005:22 s. 181.

bestämmelser för varuupphandling, i kap. 3 entreprenadupphandling, i kap. 4 upphandling inom försörjningssektorn och i kap. 5 tjänsteupphandling.¹⁴ Därefter följer kap. 6 om förenklad upphandling, det vill säga upphandling under vissa tröskelvärden. Vid förenklad upphandling tillåts förhandlingar med anbudsgivarna och om upphandlingens värde är lågt kan den upphandlande myndigheten enligt detta kapitel till och med vända sig direkt till en leverantör utan att infordra ett anbud. Lagen innehåller slutligen i 7 kap. bestämmelser om överprövning och skadestånd. En leverantör som anser sig ha lidit skada på grund av att upphandlingsreglerna inte följts kan påkalla prövning hos länsrätten. Den anbudsgivare som är missnöjd med ett upphandlingsbeslut har vidare möjlighet att begära att den upphandlande myndigheten förpliktas utge skadestånd. Det bör härvid nämnas att länsrätten enligt LOU kan besluta om att pågående upphandling skall avbrytas, göras om eller justeras.

I LOU styr olika tröskelvärden den offentliga upphandlingen. Dessa varierar beroende på huruvida det är en upphandling på stats-, landstings- eller kommunalnivå och vilken sektor upphandlingen rör. Alla offentliga upphandlingar som överskrider ett tröskelvärde måste annonseras i EGT. De olika upphandlingsförfaranden som står till buds idag är öppet förfarande, selektivt förfarande och förhandlat förfarande.

2.1.2 Övriga regleringar

En annan lag som reglerar offentlig upphandling är LIU, lagen om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling. LIU kompletterar LOU och tillämpas när en upphandlande enhet påtagligt diskriminerar en leverantör i förhållande till en annan leverantör. LIU syftar till att förhindra att framtida upphandlingar i strid med LOU kommer till stånd. Marknadsdomstolen kan föreskriva att ett otillbörligt upphandlingsbeteende skall upphöra i framtiden. LIU baserar sig inte på EG-lagstiftning utan är en svensk normgivningsprodukt. Emellertid tillämpas lagen på grund av bevisvärigheter inte särskilt ofta.¹⁵

Vad gäller andra regelverk kan konkurrenslagen endast i korthet nämnas. Lagen förbjuder nämligen i konkurrensfrämjande syfte bildandet av anbudskarteller. Vidare har Sverige genom medlemskapet i WTO anslutit sig till en överenskommelse om upphandling; GPA. Denna är ett multilateralt avtal som gäller för offentliga upphandlingar över vissa tröskelvärden. Avtalet har bland annat gjort avtryck i EG-direktiv och LOU gällande beräkning av relevanta tröskelvärden.¹⁶

¹⁴ Dir. 93/36/EEC, Dir. 92/50/EEC, Dir. 93/37/EEC samt Dir. 93/38/EEC.

¹⁵ Falk & Pedersen: Centrala frågeställningar vid offentlig upphandling, 2004, s. 147.

¹⁶ Falk & Pedersen: Centrala frågeställningar vid offentlig upphandling, 2004, s. 15.

2.2 EG-rättslig reglering och svensk implementering

2.2.1 Grundläggande principer

I EG-fördraget finns det inte någon bestämmelse som direkt hänvisar till offentlig upphandling. Gemenskapsrätten har dock sedan lång tid tillbaka innehållit regler om denna. Det är bestämmelserna om icke-diskriminering (artikel 12 EG), den fria rörligheten av varor (artikel 28 EG), etableringsrätten (artikel 43 EG) och den fria rörligheten för tjänster (artikel 49 EG) som ligger till grund för EG-direktiven om offentlig upphandling.¹⁷

Det kan vara på sin plats att koncist redogöra för de allmänna rättsprinciper som är aktuella i den offentliga upphandlingen. Dessa principer är ingalunda några nyheter utan har under lång tid utgjort basen för EG:s regelverk. De allmänna rättsprinciperna är bindande för EU, dess medlemsstater och individer och utgörs av grundläggande värderingar som anses genomsyra gemenskapsrätten.¹⁸

Inledningsvis innebär principen om *icke-diskriminering* att all form av diskriminering på grund av nationalitet är förbjuden. Fysiska och juridiska personer skall med andra ord behandlas på samma sätt som det egna landets medborgare och företag. Såväl indirekt som direkt diskriminering är förbjuden. Krav på att en vara skall vara lokalt producerad eller mycket snäva leveranstider kan vara exempel på situationer där denna princip åsidosätts inom den offentliga upphandlingen.¹⁹

Likabehandlingsprincipen stipulerar att alla fall skall behandlas lika om det inte finns objektiva godtagbara skäl för motsatsen. Inom upphandlingsområdet innebär det ovan sagda att leverantörer skall ges lika förutsättningar att delta i en offentlig upphandling. Det krävs att leverantörerna har lika tillgång till information och att de blir underrättade om beslut samtidigt. Principen om likabehandling väger mycket tungt inom ramen för upphandlingsprocessen.²⁰ På grund av denna princip och farhågan för otillbörlighet har kontakten mellan upphandlare och leverantör på annat än skriftlig väg starkt begränsats i upphandlingsprocessen. Det är lättare att behandla leverantörerna lika om all kontakt sker i pappersform.²¹

Principen om insyn och öppenhet är ett derivat av likabehandlingsprincipen och syftar till att garantera varje potentiell anbudsgivare att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att marknaden i fråga är öppen för konkurrens och kontroll. Kravet på transparens återspeglas exempelvis i

¹⁷ SOU 2005:22 s. 189.

¹⁸ Craig & De Búrca: EU Law, 2003, s. 371 ff.

¹⁹ Falk & Pedersen: Centrala frågeställningar vid offentlig upphandling, 2004, s. 26.

²⁰ SOU 2001:31 s. 472.

²¹ Åkerlund, Mattias, juridisk rådgivare NOU, telefonintervju 2007-04-20.

förfrågningsunderlaget som måste vara fullständigt och tydligt i rangordningen av utvärderingskriterierna.²²

Proportionalitetsprincipen innebär att offentliga ingrepp inte får gå längre än vad som behövs för att uppfylla det bakomliggande syftet. Upphandlande enheters krav på anbudsgivarna måste alltså vara rimliga och inte onödigt långtgående. En leverantör kan därför inte diskvalificeras på grund av ett attribut som inte är av relevans för den aktuella upphandlingen eller rimligen inte är av väsentlig betydelse. Emellertid måste en upphandlande enhet kunna ställa vissa krav på finansiell kapacitet hos leverantören, givet att de inte är alltför långtgående.²³

Med *principen om ömsesidigt erkännande* menas att en medlemsstat skall godta varor och tjänster från ekonomiska aktörer i andra EU-länder om produkterna är ekvivalenta med medlemsstatens egna godkända produkter. Upphandlande enheter måste således godta de tekniska specifikationer och intyg som en annan medlemsstat för fram om dessa kan anses jämbördiga med de nationella motsvarigheterna.²⁴ Låt oss nu flytta fokus från EG:s allmänna principer till de nya upphandlingsreglerna.

2.2.2 De nya upphandlingsreglerna

Generellt anser kommissionen att den offentliga upphandlingen är ett av de områden inom den gemensamma marknaden där resultaten av liberaliseringsprocesserna ej ännu nått upp till förväntad nivå. En mer effektiv offentlig upphandling kommer enligt kommissionen inte bara leda till en kvalitetsförbättring av offentlig service, ekonomisk tillväxt, konkurrens och jobbskapande utan också bidra till unionens korruptionsbekämpning.²⁵ Direktiven om offentlig upphandling har därför nyligen omarbetats och huvudsakligen utmynnat i två direktiv: det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet.²⁶ Det klassiska direktivet omfattar upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader medan försörjningsdirektivet behandlar upphandling av energi, vatten, transport, posttjänster och telekommunikation.

Syftet med de nya direktiven har varit:

- 1 En modernisering av upphandlingen för att kunna möta näringslivets och teknikens utveckling.
- 2 En förenkling av upphandlingsprocessen, för att lätta upp bestämmelser som ibland är för utförliga och komplicerade.

²² SOU 2001:31 s. 472.

²³ SOU 2001:31 s. 475.

²⁴ SOU 2001:31 s. 473.

²⁵ Kommissionens kommuniké av den 11:e mars 1998: Offentlig upphandling inom EU.

²⁶ Dir. 2004/18/EG (det klassiska direktivet) respektive dir. 2004/17/EG (försörjningsdirektivet).

- 3 En ökad flexibilitet som svar på klagomål om att de olika förfarandena är för stränga och inte motsvarar de offentliga upphandlarnas behov.²⁷

Direktiven har man försökt göra mer lättlästa än tidigare rättsakter. De är tillika omarbetade så att systematiken i artiklarna följer den gängse ordningen i upphandlingsprocessen på ett bättre sätt. I det klassiska direktivet, som innehåller den konkurrenspräglade dialogen, och som är det direktiv som fortsättningsvis behandlas, kan man tidigt utläsa upphandlingens elementäraste principer som det redogjorts för ovan.²⁸ Det bör nämnas att direktivet inte innebär några förändringar i fråga om överprövning och skadestånd. Direktivet är tillämpligt på offentliga kontrakt över vissa tröskelvärden, som dock alltid överstiger 162 000 €²⁹

Tilldelningskriterierna i det klassiska direktivet är som tidigare antingen bästa pris eller mest ekonomiskt fördelaktiga anbud, det senare kopplat till kriterier såsom kvalitet, pris, tekniska fördelar och miljöegenskaper. En nyhet är att den upphandlande myndigheten skall ange hur de olika kriterierna kommer att viktas inbördes. För kontrakt över tröskelvärdena finns fortfarande en upplysningsskyldighet och rätt till insyn under hela förfarandet. Det finns vidare stränga regler om vem som får delta i upphandlingen. Exempelvis får en ekonomisk aktör uteslutas från upphandlingsprocessen om denne är i konkurs, har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen eller inte betalt lagstadgade sociala avgifter. När det gäller utbyte av information jämföras elektroniska medel med traditionella. Genom direktivet införs också en ny köpprocess – det dynamiska inköpssystemet, vilket uteslutande bygger på elektroniska kommunikationsmedel. För att tilldela ett kontrakt kommer nu den upphandlande myndigheten att kunna använda sig av en elektronisk auktion. Det finns även en generell bestämmelse om konfidentialitet, som gäller vid all slags upphandling enligt direktivet.

Det finns i det klassiska direktivet fyra olika upphandlingsförfaranden. Som huvudregel skall antingen det öppna eller det selektiva förfarandet användas. Vid ett *öppet förfarande* får alla intresserade ekonomiska aktörer lämna anbud. Anbud infordras som huvudregel genom annons och prövas utan förhandlingar med anbudsgivarna. Med *selektivt förfarande* menas upphandling där den upphandlande myndigheten inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud. Anbud prövas även här utan förhandlingar. Den upphandlande myndigheten skall innan upphandlingen annonsera om förutsättningarna för anbudsansökan.

Vid *förhandlat förfarande* är huvudregeln att annonsering för anbudsansökan företas varefter ett urval görs bland de anbudssökande. Sedan sker anbudsgivning och därefter kan den upphandlande myndigheten förhandla med anbudsgivarna om de anbud som de har lämnat, för att anpassa anbuden till de krav som myndigheten har angivit i annonsen om

²⁷ Kommissionens kommuniké av den 11:e mars 1998, Offentlig upphandling inom EU.

²⁸ Dir. 2004/18/EG, beaktandesats 2 samt artikel 2.

²⁹ Dir. 2004/18/EG, artikel 7.

upphandling och för att nå fram till det bästa resultatet. Förhandlat förfarande får endast tillämpas under vissa strikta förutsättningar och kan ses om en nödlösning om det exempelvis inte inkommit några anbud vid öppet eller selektivt förfarande. En annan anledning till att tillämpa förfarandet kan vara att det inte går att ange ett pris i förväg eller att synnerlig brådska, som den upphandlande myndigheten inte kunnat förutse uppkommit. Det går också att under vissa förutsättningar tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Samtliga nämnda förfaranden ovan är i huvudsak oförändrade i förhållande till tidigare EG-rättslig reglering.³⁰

Slutligen har det i det klassiska direktivet införts ett helt nytt förfarande, som skall vara i fokus för den fortsatta framställningen; *konkurrenspräglad dialog*. Mycket översiktligt är detta förfarande endast tillämpligt vid särskilt komplexa upphandlingar. Själva upphandlingen föregås av en dialog varvid leverantör och upphandlare diskuterar fram lämpliga lösningar. Nedan skall, för att undvika fortsatt förvirring, skillnaderna mellan de ytligt sett lika förfarandena konkurrenspräglad dialog och förhandlat förfarande i det klassiska direktivet förklaras.

2.2.3 Skillnaden mellan konkurrenspräglad dialog och förhandlat förfarande

Konkurrenspräglad dialog har för det första ett vidare tillämpningsområde än förhandlat förfarande genom att det får användas oavsett om upphandlingen avser byggtreprenader, varor eller tjänster, så länge det föreligger ett särskilt komplicerat kontrakt och den upphandlande myndigheten anser att det öppna eller selektiva upphandlingsförfarandet inte medger kontraktstilldelning. Det förhandlade förfarandet ställer upp skiftande krav inom olika upphandlingsområden och är med föregående offentliggörande motiverat i följande fall:

Om det vid ett annat förfarande har visat sig finnas ogiltiga anbud, under förutsättning att de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats.

I undantagsfall om upphandlingen är av sådant slag eller är förenad med sådana risker att det inte går att ange något pris i förväg.

För immateriella tjänster där det inte går att tillämpa ett öppet eller selektivt förfarande.

För byggtreprenader som endast avser forskning eller provning.

Det förhandlade förfarandet utan offentliggörande av ett meddelande om upphandling får användas i följande fall:

Vid alla slags upphandlingar: om inga anbud har lämnats vid ett öppet eller selektivt förfarande; om kontraktet av tekniska eller konstnärliga skäl eller med hänsyn till skydd av ensamrätt endast kan tilldelas en bestämd ekonomisk aktör; på grund av synnerlig brådska till följd av

³⁰ SOU 2005:22, s. 257.

omständigheter som den upphandlande myndigheten inte har kunnat förutse.

Vid upphandling av varor: om varorna i fråga endast framställs för forskning och teknisk utveckling; om det rör sig om kompletterande leveranser under högst tre år, i de fall ett byte av varuleverantör skulle tvinga den upphandlande myndigheten att anskaffa materiel med andra tekniska egenskaper; för varor som noteras och omsätts på en råvarumarknad; för inköp av varor på särskilt förmånliga villkor från en ekonomisk aktör som upphör med sin affärsverksamhet eller har trätt i likvidation.

Vid upphandling av tjänster: om kontraktet tilldelas vinnaren i en projekttävling.

Vid upphandling av byggentreprenader och tjänster: om det rör sig om kompletterande byggentreprenader eller tjänster som inte ingår i det ursprungliga projektet och som blivit nödvändiga genom oförutsedda omständigheter och under förutsättning att de inte överstiger 50 % av det ursprungliga kontraktets värde; om det rör sig om nya byggentreprenader eller tjänster som är en upprepning av liknande byggentreprenader eller tjänster som tilldelats den ursprungliga ekonomiska aktören under högst tre års tid.³¹

Både förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog kan genomföras i successiva steg. Vidare föreskrivs det att viktning av tilldelningskriterierna skall ske samt att minst tre leverantörer skall inbjudas till förhandling respektive dialog. Skillnaden ligger däri att konkurrenspräglad dialog ger större möjligheter än förhandlat förfarande till dialog mellan den upphandlande myndigheten och leverantörerna *innan* ett formellt och slutligt anbud lämnas. Däremot ger den konkurrenspräglade dialogen enligt upphandlingsutredningen sannolikt mindre möjligheter till dialog efter det att anbudet lämnats. Enligt det klassiska direktivet skall den upphandlande myndigheten vid det förhandlade förfarandet diskutera med anbudsgivarna om de anbud som lämnats för att anpassa dessa till de krav den upphandlande myndigheten har angett för att få fram det bästa anbudet.³²

Vid användning av konkurrenspräglad dialog får, på begäran av den upphandlande myndigheten, det anbud som lämnats klarläggas, preciseras och finjusteras, vilket enligt upphandlingsutredningen förefaller ge mindre långtgående möjligheter till ändringar än som är fallet vid användning av det förhandlade förfarandet.³³

Andra har uttryckt sig mer försiktigt och hävdade att det fortfarande är osäkert om det i den konkurrenspräglade dialogen lämnas mindre utrymme för diskussion med anbudsgivaren efter lämnat anbud än är fallet i det förhandlade förfarandet. I England är skillnaden i detta avseende marginell medan den konkurrenspräglade dialogen i tysk praxis potentiellt lämnar mer

³¹ Dir. 2004/18/EG, artikel 30.

³² Dir. 2004/18/EG, artikel 30.2.

³³ SOU 2006:22, s 120-121.

flexibilitet *efter* anbudsgivandet än vad som gäller för det förhandlade förfarandet.³⁴

Det klassiska direktivet innehåller, som ett utflöde av likabehandlingsprincipen, en regel för båda förfarandena om att upphandlande myndigheter i synnerhet inte skall särbehandla någon genom att lämna ut information som kan gynna vissa anbudsgivare i förhållande till andra. I en konkurrenspräglad dialog är en upphandlande myndighet dessutom förbjuden att röja för de övriga deltagarna vilka lösningar en deltagare har föreslagit eller att, utan samtycke från en deltagare, röja annan slags konfidentiell information som denne lämnat. Konkurrenspräglad dialog är därmed det enda direktivstyrda upphandlingsförfarande som skyddar idéer som inte har immaterialrättsligt skydd.³⁵ Att på ett bättre sätt än vad det förhandlade förfarandet ger vid handen skydda konfidentiell information vid upphandling har följaktligen också utpekats som ett av syftena med den konkurrenspräglade dialogen.³⁶

2.2.4 Implementeringsprocessen i Sverige

Det klassiska direktivet trädde i kraft den 30 april 2004. Sista dag för genomförande i medlemsstaterna var den 31 januari 2006.³⁷ Sverige har fortfarande inte inlemmat de nya upphandlingsreglerna, men en implementeringsprocess är i vart fall igång. Regeringen beslutade i april 2004 att tillkalla en särskild utredare med uppdraget att lämna förslag på hur det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet skulle genomföras i svensk rätt. Ett delbetänkande lämnades över i mars 2005. I delbetänkandet har utredningen lämnat förslag till två nya lagar om upphandling som motsvarar de delar av de två EG-direktiven som medlemsstaterna varit skyldiga att genomföra.³⁸ Det kan här anmärkas att den konkurrenspräglade dialogen är frivillig för medlemsländerna att införa och har därmed ej behandlats i denna SOU. Delbetänkandet har även remissbehandlats samt varit föremål för lagrådets häftiga kritik.³⁹

Ett slutbetänkande med bland annat överväganden om de icke-obligatoriska momenten i direktiven, såsom konkurrenspräglad dialog överlämnades i mars 2006. Härmed förordade utredningen att bestämmelser om konkurrenspräglad dialog skulle införas i den föreslagna nya klassiska upphandlingslagen med motiveringen att den möjlighet som institutet ger till

³⁴ Freshfields Bruckhaus Deringer: Competitive dialogue: the EU's new procurement procedure, briefing, November 2005, s. 3.

³⁵ Dir. 2004/18/EG, artikel 29.3 tredje stycket. Något motsvarande stycke finns inte för förhandlat förfarande.

³⁶ Freshfields Bruckhaus Deringer: Competitive dialogue: the EU's new procurement procedure, briefing, November 2005, s. 2.

³⁷ Europeiska unionens sammanfattning av lagstiftningen: Offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster.

³⁸ SOU 2005:28 Nya upphandlingsregler.

³⁹ Yttrande från lagrådet, Fi 2007-02-07, angående ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

diskussion med leverantörer innan de slutliga anbuden lämnas bör kunna bidra till att precisera den upphandlande myndighetens behov och krav och därigenom också bidra till att förbättra upphandlingens kvalitet i fråga om särskilt komplicerade kontrakt. Utredningen föreslog att förfarandet även skall införas vid upphandling utanför det direktivstyrda området, det vill säga till att även omfatta nuvarande 6 kap. LOU.⁴⁰ Att den konkurrenspräglade dialogen skulle införas var remissorganen i huvudsak positiva till och av remissvaren att döma får vi nog räkna med att utredningens förslag blir lag.⁴¹

Det är idag svårt att sia om hur de nya upphandlingsreglerna till slut kommer att vara utformade i sin helhet. För närvarande sker en fortsatt beredning av upphandlingsreglerna i Regeringskansliet och en proposition har aviserats i juni 2007 avseende de obligatoriska delarna, vilka följaktligen inte omfattar den konkurrenspräglade dialogen. Kommun- och finansminister Mats Odell uppger att all kraft har fått läggas på de obligatoriska delarna av direktivet. Emellertid är man väl medveten om att de frivilliga delarna har stora utvecklingsmöjligheter, men de kommer att skjutas på framtiden till dess att de redan försenade obligatoriska delarna implementerats.⁴² De obligatoriska delarna av de nya upphandlingsdirektiven kan tidigast beräknas genomföras i svensk lag under 2008.⁴³

Det kan avslutningsvis inflikas att Kommissionen den 21 mars 2007 stämde Sverige och sex andra medlemsstater inför EG-domstolen för deras ”fortsatta försummelse att informera kommissionen om de nationella åtgärder som införlivar vissa av EU-direktiven om offentlig upphandling i den nationella lagstiftningen”.⁴⁴

⁴⁰ SOU 2006:28 Nya upphandlingsregler 2, s. 120-121.

⁴¹ Mossheden, Kent: Förslaget om nya LOU, Offentliga affärer, nr 5 2006, s. 7.

⁴² Lindskog-Bodin, Peter: Sveriges samlade kunskap inom offentlig upphandling, Offentliga affärer, 2007-03-13.

⁴³ Rosén-Andersson, Helena & Käll, Ulf: Konkurrenspräglad dialog, Offentliga affärer, 2007-03-14.

⁴⁴ EU:s pressmeddelanden 2007-03-21: Offentlig upphandling -Kommissionen vidtar åtgärder för att se till att sju medlemsstater införlivar EU-lagstiftningen.

3 Konkurrenspräglad dialog – i ett juridiskt perspektiv

Eftersom de gamla upphandlingsdirektiven inte sades erbjuda tillräcklig flexibilitet gällande särskilt komplexa projekt, på grund av det snäva användningsområdet för det förhandlade förfarandet, lanserades en ny procedur för tilldelning av kontrakt i det klassiska direktivet; den konkurrenspräglade dialogen. Som sägs i beaktandesats 31 till det klassiska direktivets preambel, syftar den konkurrenspräglade dialogen till att introducera en flexibel procedur som upprätthåller, inte bara konkurrens mellan ekonomiska operatörer, utan också behovet för den kontrakterande myndigheten att diskutera alla aspekter av ett kontrakt med varje kandidat, företrädesvis när det gäller ett särskilt komplicerat projekt. Det görs i samma beaktandesats klart att det nya institutet endast kan komma i fråga när kontraktet inte kan tilldelas genom användning av öppet eller selektivt förfarande. I upphandlingsutredningens förslag som tillika överensstämmer med bestämmelsen i det klassiska direktivet definieras konkurrenspräglad dialog som:⁴⁵

*(...) ett förfarande som varje leverantör kan begära att få delta i och där den upphandlande myndigheten för en dialog med de anbudssökande som har inbjudits att delta i detta förfarande för att nå fram till en eller flera lösningar som kan tillgodose myndighetens behov och som utgör grunden för de anbud som de utvalda anbudssökandena inbjuds att lämna.*⁴⁶

3.1 Tillämplighet

Den konkurrenspräglade dialogen är som ovan antytts en procedur som endast kan användas inom den klassiska sektorn under specifika omständigheter. Dessa är explicit uttryckta i artikel 29 i det klassiska direktivet. Det första kravet som uppställs är att kontraktet skall vara särskilt komplicerat. Vidare skall den upphandlande myndigheten anse att användningen av öppet eller selektivt förfarande inte medger någon tilldelning av kontrakt. Som tilldelningskriterium för kontraktet har lägsta pris uteslutits. Således kan endast det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utgöra tilldelningsgrund. Förfarandet har endast gjorts tillgängligt i det klassiska direktivet, då försörjningsdirektivets regelsystem i sig är mindre strikt.⁴⁷ Nedan kommer de tre tillämpningskriterierna i tur och ordning att behandlas.

⁴⁵ Dir. 2004/18/EG artikel 1.11 c första stycket.

⁴⁶ Författningsförslag till lag om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (nedan kallat ”författningsförslaget”), 2 kap. 16 a §, SOU 2006:22, s. 34-35.

⁴⁷ Dir. 2004/18/EG artikel 29.1.

3.1.1 Ett särskilt komplicerat kontrakt

2 a § En upphandlande myndighet får använda sig av konkurrenspräglad dialog vid tilldelning av särskilt komplicerade kontrakt (...)

2 b § Ett kontrakt anses som särskilt komplicerat om den upphandlande myndigheten på objektiva grunder inte kan

- 1. definiera de prestanda- eller funktionskrav (...) som kan tillgodose myndighetens behov eller med vilka dess behov kan uppnås, eller*
- 2. ange den rättsliga eller finansiella utformningen av ett projekt.⁴⁸*

Ett kontrakt är särskilt komplicerat om den upphandlande enheten på objektiva grunder inte kan definiera kontraktets prestandakrav eller ange projektets rättsliga eller finansiella utformning.⁴⁹ Bedömningen om ett kontrakt är särskilt komplicerat skall enligt upphandlingsutredningen göras med utgångspunkt i kontraktet och inte i den upphandlande myndighetens subjektiva uppfattning om sin förmåga att genomföra en öppen eller selektiv upphandling. Bedömningen skall enligt upphandlingsutredningen ske utifrån vad som för varje normalt kunnig och insiktsfull upphandlande myndighet framstår som särskilt komplicerat.⁵⁰ I det norska förslaget till nya upphandlingsregler uttalas vidare stådpunkten att den upphandlande myndigheten skall ha bevisbördan för att objektiv omöjlighet föreligger.⁵¹

Den danska Konkurrencestyrelsen har i sin vägledning till upphandlingsdirektiven utvecklat sin syn på innebörden av ”särskilt komplicerat kontrakt” på följande sätt. Den objektiva omöjlighet direktivet hänvisar till skall förstås som ett absolut begrepp. Det är således inte tillräckligt att den upphandlande myndigheten har svårigheter med att uppställa projektkraven för att vederbörande inte har tillräcklig erfarenhet av anbudsprocesser. Kravet måste däremot vara att upphandlingsobjektet generellt är svårt att specificera.⁵²

Samtidigt är den upphandlande myndighetens kapacitet viktig i sammanhanget. Har den upphandlande myndigheten exempelvis möjlighet att ordna professionellt bistånd till utformandet av projektbeskrivningen och inte gör detta kan resultatet bli att konkurrenspräglad dialog ej får tillämpas. Den upphandlande myndighetens oförmåga får således inte vara myndighetens eget fel. Samtidigt måste eventuell icke självvållad oförmåga, som tidigare sagts, ligga på en sådan nivå att kontraktet för en normalt insiktsfull upphandlande myndighet framstår som särskilt komplicerat. Är myndigheten oavsett vilket i en position där man har möjlighet att definiera de tekniska, finansiella eller juridiska kraven är användandet av konkurrenspräglad dialog uteslutet.⁵³ Som exempel på särskilt komplicerade

⁴⁸ Författningsförslaget, 5 kap, SOU 2006:28, s. 37.

⁴⁹ Dir. 2004/18/EG artikel 1.11 c.

⁵⁰ SOU 2006:28, s. 122.

⁵¹ Høringsnotat den 6 april 2005, s. 30.

⁵² Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne, s. 79-80.

⁵³ Kommissionens forklarande not till konkurrenspräglad dialog, s. 2.

kontrakt anges upphandlingar på områden där den tekniska utvecklingen framskrider snabbt. Några exempel nämns explicit i en av de klassiska direktivets beaktandesatser: större integrerade projekt för transportinfrastruktur, stora datanät eller projekt som omfattar komplicerad och strukturerad finansiering, vars ekonomiska och rättsliga uppläggning inte kan fastställas i förväg. Det bör exempelvis påpekas att detta inte innebär att alla kontrakt som avser stora datanät är särskilt komplicerade. Svårighetsgraden beror enligt upphandlingsutredningens uppfattning bland annat på om den upphandlande myndigheten söker lösningar som kräver utveckling av ny och för myndigheten okänd teknik. Svårighetsgraden anses också minska med ökad erfarenhet av hanteringen av komplicerade kontrakt.⁵⁴

I Kommissionens förklarande not nämns som ett exempel på när det kan vara befogat att använda en konkurrenspräglad dialog då den upphandlande myndigheten skall skapa en landförbindelse men inte kan avgöra om detta behov bäst tillgodoses genom en bro eller en tunnel, trots att myndigheten kan utarbeta tekniska specifikationer för bådadera. Exempel på komplicerad och strukturerad finansiering kan hämtas från området för offentligt-privat partnerskap, där en del av lösningen är den ofta komplexa ramen för samarbetet. Denna företeelse går ofta under namnet Public Private Partnership och är vanligt förekommande i Storbritannien. Ofta kan sådana projekt röra en skolbyggnad eller ett sjukhus vilken den upphandlande myndigheten vill kunna nyttja men där ansvaret för dess finansiering, byggande och underhåll sköts av en annan ekonomisk aktör som vanligen är kontraktmässigt uppbunden över en tämligen lång period. De juridiska och finansiella arrangemangen för PPP-projekt är ofta utomordentligt komplicerade varför den konkurrenspräglade dialogen i dylika fall enligt Kommissionen ”väldigt, väldigt ofta” (min översättning) kommer att kunna tillämpas. Det ligger dock i sakens natur att bedömningen om särskilt komplicerade kontrakt måste göras från fall till fall. Bara för att ett projekt går under benämningen PPP behöver det inte automatiskt innebära att det rör sig om just ett särskilt komplicerat kontrakt.⁵⁵ Kommissionens uttalande indikerar dock ett vidare tillämpningsområde för det nya förfarandet än vad direktivtextens ordalydelse ger vid handen.⁵⁶ Det saknas än så länge vägledande praxis från EG-domstolen på området.

3.1.2 Öppet eller selektivt förfarande medger ej kontrakt

2 a § En upphandlande myndighet får använda sig av konkurrenspräglad dialog vid tilldelning av särskilt komplicerade

⁵⁴ SOU 2006:28, s. 381.

⁵⁵ Kommissionens förklarande not till konkurrenspräglad dialog, s. 2-3.

⁵⁶ Treumer, Steven: The Field of Application of Competitive Dialogue, PPLR 2006, s. 311.

*kontrakt, om den anser att användningen av öppet eller selektivt upphandlingsförfarande inte medger tilldelning av kontrakt.*⁵⁷

Som huvudregel gäller precis som innan det nya direktivet, att öppet eller selektivt förfarande skall användas. Bestämmelsen överlämnar tydligen till den upphandlande myndigheten att subjektivt avgöra om öppet eller selektivt kan användas eller inte. Den upphandlande myndighetens skön begränsas emellertid av att kontraktet i fråga måste vara särskilt komplicerat. För detta krävs, som tidigare redogjorts för, att myndigheten inte objektivt kan definiera de tekniska medel som kan tillgodose dess behov eller inte objektivt kan specificera den rättsliga eller finansiella utformningen av projektet. Oförmågan får inte bero på den upphandlande myndighetens försummelse.⁵⁸

Det bör också understrykas att förfarandet är ett undantagsförfarande. Därför bör tillämpningsområdet tolkas snävt och bevisbördan ligga på den upphandlande myndigheten.⁵⁹ Den upphandlande myndighetens beslut att använda sig av konkurrenspräglad dialog kommer enligt upphandlingsutredningens förslag inte att kunna överprövas innan myndigheten fattat sitt tilldelningsbeslut.⁶⁰ Det är troligt att en form av skälighetsbedömning kommer att tillämpas av den instans som i förekommande fall har att bedöma huruvida den upphandlande myndigheten borde ha varit kapabel att definiera de tekniska, finansiella eller legala förutsättningarna för kontraktet i fråga. Det kan således förväntas att instansen kommer att överväga den upphandlande myndighetens faktiska erfarenhet och kompetens.⁶¹

3.1.3 Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet

*2 c § Den upphandlande myndigheten skall anta det anbud som är det ur den upphandlande myndighetens synvinkel ekonomiskt mest fördelaktiga.*⁶²

Eftersom vid användning av en konkurrenspräglad dialog, ett särskilt komplicerat kontrakt skall vara för handen, finns det konsekvent nog ingen möjlighet att låta endast priset avgöra tilldelningsgrund och valet av leverantör. I begreppet ”ekonomiskt mest fördelaktiga anbud” lägger den upphandlande myndigheten in kriterier som är kopplade till föremålet för det offentliga kontraktet i fråga. Exempel på sådana kriterier kan vara kvalitet, pris, tekniska fördelar, estetiska och funktionella egenskaper, miljöegenskaper, driftskostnader och dag för leverans.⁶³ Som huvudregel i

⁵⁷ Författningsförslaget, 5 kap, SOU 2006:28, s. 37.

⁵⁸ SOU 2006:28, s. 380.

⁵⁹ Treumer, Steven: The Field of Application of Competitive Dialogue, PPLR 2006, s. 311.

⁶⁰ SOU 2006:28, s. 127.

⁶¹ Treumer, Steven: The Field of Application of Competitive Dialogue, PPLR 2006, s. 311.

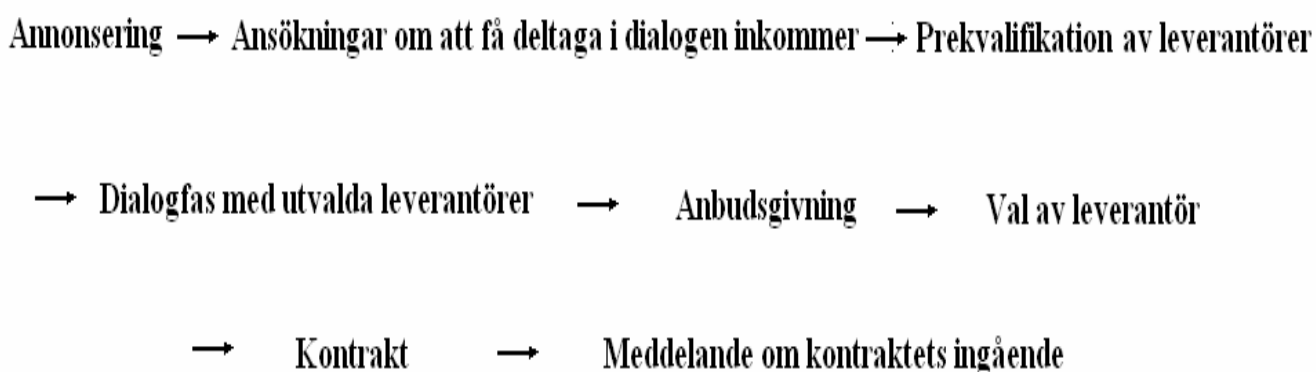
⁶² Författningsförslaget, 5 kap, SOU 2006:28, s. 37.

⁶³ Dir. 2004/18/EG, artikel 53.1 a.

all upphandling i det klassiska direktivet skall kriterierna vara föremål för den upphandlande myndighetens viktning.

3.2 Procedur

Kärnan i den konkurrenspräglade dialogen ligger i dess procedur, och då särskilt inom ramen för dialogfasen. I det följande avsnittet skall procedurens olika stadier gås igenom. Vi börjar med offentliggörandet. Hela upphandlingsproceduren kan som en hjälp för läsaren sammanfattningsvis illustreras på följande sätt:



Figur 2 -Den konkurrenspräglade dialogens procedur

3.2.1 Offentliggörandet

2 d § Den upphandlande myndigheten skall annonsera en upphandling som skall göras genom konkurrenspräglad dialog. I annonsen eller i ett beskrivande dokument skall myndigheten ange sina behov och krav.⁶⁴

Med hänsyn till den öppna marknaden och konkurrensen på denna ingår det som ett naturligt element att en kommande upphandling under den konkurrenspräglade dialogen skall offentliggöras. Om alla tillämplighetskriterier är för handen offentliggör den upphandlande myndigheten således ett meddelande om upphandling där den anger upphandlingsform samt sina behov och krav, definierade antingen i meddelandet eller i ett separat beskrivande dokument. Ett beskrivande dokument är en kompletterande handling där uppdraget som upphandlingen avser närmare beskrivs.⁶⁵ Fristen för mottagande av ansökningar till att få delta i dialogen skall vara minst 37 dagar från den dag då meddelande om upphandling avsänds. Under vissa förutsättningar kan fristen avkortas, t ex om den upphandlande myndigheten tidigare offentliggjort ett så kallat förhandsmeddelande. Den absoluta minimifristen för att komma in med

⁶⁴ Författningsförslaget, 5 kap, SOU 2006:28, s. 37.

⁶⁵ SOU 2006:22, s. 382.

anbudsansökan om att få delta i en konkurrenspräglad dialog ligger på 22 dagar.⁶⁶

Det lär vara svårt för den upphandlande myndigheten att ange precisa urvalskriterier vid detta tidiga stadium då den saknar kunskap om den konkreta lösning som bäst motsvarar behoven. Jag menar att detta troligen leder till att den får använda sig av generella urvalskriterier som pris och kvalitet. Urvalskriterierna får oavsett vilka som väljs inte ändras efter dialogfasens initiering.

I det norska förslaget till nya upphandlingsregler framhålls att förfrågningsunderlaget måste ge en mycket preciserad beskrivning av uppdragsgivarens behov och önskemål på grund av den stora valfriheten vid den kommande konkurrenspräglade dialogen.⁶⁷ I förfrågningsunderlaget eller i det beskrivande dokumentet skall den upphandlande myndigheten som huvudregel ange hur de olika kriterierna kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning. Om den upphandlande myndigheten anser att viktning inte är möjlig av påvisbara skäl får denna redovisa kriterierna i fallande prioritetsordning.⁶⁸ Kommissionen påpekar i sin förklarande not att påvisbara skäl kan utgöras av att kontraktet är särskilt komplicerat. För att dialogen över huvud skall komma ifråga krävs det som bekant att kontraktet är särskilt komplicerat varför det med Kommissionens stöd kan antas att någon viktning inte behöver göras vid upphandlingsförfaranden som tillämpar konkurrenspräglad dialog.⁶⁹

3.2.2 Dialogfasen

2 e § Den upphandlande myndigheten skall inleda en dialog med de leverantörer som valts ut med tillämpning av 12 och 13 kap. Den upphandlande myndigheten skall snarast möjligt skriftligen underrätta en leverantör om att han inte valts ut och om skälen för detta.

Dialogens syfte skall vara att identifiera och bestämma hur den upphandlande myndighetens behov bäst kan tillgodoses. Under dialogen får myndigheten diskutera alla aspekter av kontraktet med de utvalda leverantörerna.⁷⁰

Kapitel 12 i upphandlingsutredningens författningsförslag har rubriken ”uteslutning av leverantörer”. Exempel på omständigheter som *skall* medföra uteslutning av leverantörer vid det klassiska direktivets samtliga upphandlingsförfaranden är myndighetens kännedom om att leverantören har dömts för brott som innefattar bestickning, bedrägeri, deltagande i

⁶⁶ Dir. 2004/18/EG, artikel 38.3-4.

⁶⁷ Høringsnotat den 6 april 2005, s 28.

⁶⁸ Dir. 2004/18/EG, artikel 53.2.

⁶⁹ Kommissionens förklarande not till konkurrenspräglad dialog, s. 6.

⁷⁰ Författningsförslaget, 5 kap, SOU 2006:28, s. 38.

kriminell organisation eller penninghäleri. En leverantör *får* uteslutas bland annat om denne är i konkurs, underkastad näringsförbud eller har dömts för brott avseende yrkesutövningen.⁷¹

Innan kontrakt tilldelas skall den upphandlande myndigheten även kontrollera lämpligheten hos de leverantörer som inte har uteslutits enligt 12 kap. Kontroll skall då ske enligt kap. 13 med hjälp av kriterier för ekonomisk och finansiell ställning samt yrkesmässig och teknisk kunskap eller kapacitet. Vidare får den upphandlande myndigheten ställa krav på en lägsta nivå för anbudsgivarens kapacitet. Omfattningen av denna skall ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta. De krav som ställs upp måste framgå av annonseringen.⁷²

Dialogen inleds sedermera med de leverantörer som har utvalts. Leverantörer som ej har utvalts skall underrättas om detta. Det är viktigt att poängtera att dialogen kan omfatta inte endast tekniska, utan även ekonomiska och juridiska aspekter, vilket framgår av uttrycket ”alla aspekter” i lagtexten. Med uttrycket avses således rimligen inte bara de aspekter som varit så komplicerade att konkurrenspräglad dialog har valts, utan just att *alla* aspekter kan diskuteras.⁷³ Exempel på ekonomiska perspektiv som kan diskuteras är priser, kostnader och intäkter. Juridiska aspekter för kontraktet kan vara fördelning och begränsning av risker samt garantier.⁷⁴

Det lägsta antalet deltagare i den konkurrenspräglade dialogen skall vara tre. Antalet skall dock alltid vara tillräckligt stort för att verklig konkurrens skall kunna garanteras.⁷⁵ Skall den upphandlande myndigheten företa dialogen i successiva steg varigenom de olika lösningarna efter hand utesluts, bör enligt den danska Konkurrencestyrelsen fler än tre deltagare bjudas in till dialogen för att en reell konkurrens skall säkras.⁷⁶

Det klassiska direktivet reglerar inte i närmare detalj hur själva dialogfasen skall gå till. Utgångspunkten är dock enligt Kommissionen att dialogen utförs genom att varje anbudssökande var för sig möter beställaren. Den förda dialogen baserar sig då på respektive leverantörs specifika lösning.⁷⁷ Den upphandlande myndigheten saknar således rätt att konfrontera en dialogdeltagare med ett förslag som en annan deltagare kommit med. Det är enligt Troels och Hjelmberg vidare omöjligt för den upphandlande myndigheten att utan samtycke sammanställa de bästa elementen från de

⁷¹ Författningsförslaget, 12 kap 1-2 §§, SOU 2005:22, s. 47.

⁷² Författningsförslaget, 13 kap. 1-2 §§, SOU 2005:22, s. 48.

⁷³ Hane, John: De nya upphandlingsdirektiven, ERT 2005, s. 70.

⁷⁴ Kommissionens förklarande not till konkurrenspräglad dialog, s. 7.

⁷⁵ Författningsförslaget, 5 kap. 12 §, SOU 2006:28, s. 42.

⁷⁶ Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne, s. 80.

⁷⁷ Kommissionens förklarande not till konkurrenspräglad dialog, s. 7. Denna uppfattning har emellertid inte fått stå helt oemotsagd. Se t e x UfR 20. januar 2007, s. 35.

inkomna förslagen och söka skapa en gemensam lösning som leverantörerna skall bjuda på, så kallad cherry-picking.⁷⁸

Förfarandet att dialogdeltagarna var för sig möter den upphandlande myndigheten är logiskt eftersom den senare inte utan samtycke får avslöja de lösningar som en deltagare har föreslagit eller annan konfidentiell information.⁷⁹ Det klassiska direktivet stadgar nämligen om konfidentialitet i upphandlingsprocessen. En upphandlande myndighet är förbjuden att offentliggöra uppgifter som lämnats in och förklarats sekretessbelagda av de ekonomiska aktörerna. Sådan information omfattar i synnerhet tekniska hemligheter, affärshemligheter och konfidentiella aspekter i anbuden.⁸⁰ Det bör emellertid anmärkas att en lösning alltid kan bli föremål för allmän diskussion, förutsatt att samtycke har lämnats till detta.⁸¹ Den upphandlande myndigheten kan då ange i meddelandet om upphandlingen eller i det beskrivande dokumentet att accept av en inbjudan att delta i förfarandet innebär ett samtycke till att presenterade lösningar används av myndigheten. Ett krav på samtycke får emellertid endast ställas när det är förenligt med konkurrensrättsliga regler.⁸²

2 f § Den upphandlande myndigheten skall under dialogen se till att alla deltagande leverantörer behandlas lika och därvid särskilt beakta att upplysningar inte får lämnas ut på sådant sätt att någon eller några leverantörer missgynnas i förhållande till andra.⁸³

Bestämmelsen ovan är oerhört viktig och går helt i linje med den offentliga upphandlingens och EG:s grundprinciper (se avsnitt 2.2.1). Det är av synnerlig vikt att risken för att deltagarna erhåller information av den upphandlande myndigheten om övriga deltagares lösningsförslag och därigenom får en konkurrensfördel elimineras. Problematiken utvecklas närmare i avsnitt 4.1.3.

2 g § Den upphandlande myndigheten kan bestämma att dialogen skall genomföras i successiva steg för att begränsa antalet lösningar som skall diskuteras under dialogen. Om denna möjlighet kommer att utnyttjas skall det anges i annonsen eller i det beskrivande dokumentet.

Den upphandlande myndigheten skall snarast möjligt underrätta en leverantör om att dennes lösning har uteslutits och om skälen för detta.⁸⁴

Det föreligger således även möjlighet att bestämma att dialogen skall genomföras i successiva steg. Detta innebär att den upphandlande myndigheten har intentionen att gradvis reducera antalet lösningar som

⁷⁸ Paulsen, Sune Troels & Hjelmberg, Simon Evers: Hvor megen konkurrence skal der være i en konkurrencepræget dialog?, UfR 20. januar 2007, s. 34-39.

⁷⁹ Dir. 2004/18/EG, artikel 29.3 tredje stycket.

⁸⁰ Dir. 2004/18/EG, artikel 6.

⁸¹ Kommissionens förklarande not till konkurrenspräglad dialog, s. 7.

⁸² Rosén-Andersson, Helena & Käll, Ulf: Konkurrenspräglad dialog, Offentliga affärer, 2007-03-14.

⁸³ Författningsförslaget, 5 kap, SOU 2006:28, s. 38.

⁸⁴ Författningsförslaget, 5 kap, SOU 2006:28, s. 38.

diskuteras i dialogen. Om detta är fallet skall även denna omständighet anges i annonsen.⁸⁵ Tilldelningskriterierna används i den successiva processen för att välja en lösning framför en annan.⁸⁶ I det norska förslaget betonas att det är just *lösningar* och inte leverantörer som kan väljas bort i dialogfasen.⁸⁷ En leverantör som föreslagit flera lösningar är således med i dialogen så länge inte alla hans lösningar har uteslutits.

Det är viktigt att poängtera att en gradvis minskning av antalet lösningar måste hålla sig inom direktivets begränsningar, ty i slutfasen då tilldelning av kontraktet sker måste antalet leverantörer vara tillräckligt stort för att garantera verklig konkurrens. En förutsättning för detta krav är emellertid att det överhuvudtaget finns ett tillräckligt antal lösningar eller lämpliga anbudssökanden.⁸⁸ Reducerandet av lösningar med tillämpningen av tilldelningskriterierna skulle därmed kunna leda till att det endast är en lämplig kandidat eller lösning kvar, vilket dock enligt Kommissionens uppfattning inte nödvändigtvis behöver hindra den upphandlande myndigheten från att fortsätta proceduren.⁸⁹ Det kan anmärkas att det i doktrinen uttalats att hänsynen till konkurrens och en öppen marknad i anbudsfasen är nedtonad till förmån för dialogdeltagarnas intressen. Å andra sidan är det ingenting som hindrar den upphandlande myndigheten att avbryta upphandlingsprocessen om den anser att ingen konkurrens i anbudsfasen längre föreligger.⁹⁰

*2 h § Den upphandlande myndigheten skall fortsätta dialogen fram till dess att myndigheten har funnit den eller de lösningar som tillgodoser dess behov. Dialogen skall då förklaras avslutad och de deltagande leverantörerna informeras om detta.*⁹¹

Dialogen fortsätter fram tills att den eller de lösningar som tillgodoser den upphandlande myndighetens behov funnits. Det finns ingen tidsgräns för när dialogen skall vara avslutad. Den upphandlande myndigheten kan således fortsätta förhandlingen tills de lösningar utkristalliserats som tillgodoser myndighetens behov. När så skett förklaras dialogen avslutad och deltagarna informeras om detta.⁹²

Som lagtexten säger måste den upphandlande myndigheten skriftligen och skyndsamt meddela berörd leverantör om dennes lösning har uteslutits. Syftet med denna bestämmelse som föreslagits av upphandlingsutredningen, och alltså inte ingår i direktivtexten, är att säkerställa att en leverantör så snart som möjligt skall kunna begära överprövning av detta beslut.⁹³

⁸⁵ Kommissionens förklarande not till konkurrenspräglad dialog, s. 4.

⁸⁶ Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne, s. 79-82.

⁸⁷ Høringsnotat den 6 april 2005.

⁸⁸ Dir. 2004/18/EG, artikel 44.4.

⁸⁹ Kommissionens förklarande not till konkurrenspräglad dialog, s. 9.

⁹⁰ Paulsen, Sune Troels & Hjelmberg, Simon Evers: Hvor megen konkurrence skal der være i en konkurrencepræget dialog?, UFR 20. januar 2007, s. 39.

⁹¹ Författningsförslaget, 5 kap, SOU 2006:28, s. 39.

⁹² SOU 2006:28, s. 384.

⁹³ SOU 2006:28, s. 383.

3.2.3 Anbudsfasen

2 i § Då information lämnats enligt 2 h § skall den upphandlande myndigheten uppmana de deltagande leverantörerna att lämna sina slutliga anbud på grundval av den eller de lösningar som lagts fram och preciserats under dialogen. Anbudet skall innehålla alla de faktorer och villkor som är nödvändiga för projektets genomförande.⁹⁴

Leverantörerna uppmanas nu att inkomma med sina slutliga anbud på grundval av de lösningar som lagts fram under dialogen. Anbudet skall innehålla allt som är nödvändigt för projektets genomförande. Dock stadgas det inte huruvida anbudsgivarna skall lämna anbud på en och samma lösning eller på sin egen lösning. I den danska Konkurrencestyrelsens vägledning sägs det att utgångspunkten måste vara att den enskilda leverantören lämnar anbud på sin egen lösning. Detta understöds av att den upphandlande myndigheten inte utan samtycke får avslöja en deltagares lösning framför en annan deltagare och att det inte får utarbetas ytterligare upphandlingsmaterial efter dialogens avslutande.⁹⁵ Denna uppfattning får även stöd av den svenska upphandlingsutredningen.⁹⁶ När den upphandlande myndigheten har fått samtycke till att använda en leverantörs lösning eller delar därav, finns det dock en potential för en samlad konceptlösning som dialogens deltagare ger anbud på.⁹⁷

Direktivtexten synes använda ordet ”slutligt anbud” på ett sätt som antyder att några icke-slutliga anbud skulle ha presenterats under dialogen. Då dialogen primärt syftar till att precisera den upphandlande myndighetens specifika krav kan ingen annan rimlig slutsats dras än att det är först när dialogen avslutas som ett obligationsrättsligt bindande anbud över huvud presenteras.⁹⁸

2 j § Den upphandlande myndigheten kan anmoda en deltagande leverantör att klarlägga, precisera och finjustera sitt anbud. Sådana åtgärder eller kompletterande upplysningar får dock inte innebära att grundläggande delar av anbudet eller inbjudan att lämna anbud ändras så att det påverkar konkurrensen eller leder till diskriminering.⁹⁹

Med tanke på att den konkurrenspräglade dialogen är avsedd att användas då det inte är möjligt att på förhand bestämma t ex vilken teknisk lösning som bäst tillgodoser myndighetens behov och dessutom varje anbudsgivare förväntas lämna anbud på grundval av den lösning eller de lösningar som respektive anbudsgivare har presenterat under dialogen, och inte på en av den upphandlande myndigheten utvald lösning, är det troligt att det kommer

⁹⁴ Författningsförslaget, 5 kap, SOU 2006:28, s. 39.

⁹⁵ Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne, s. 81-82.

⁹⁶ SOU 2006:28, s. 384.

⁹⁷ Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne, s. 79-82.

⁹⁸ Hane, John: De nya upphandlingsdirektiven, ERT 2005, s. 70.

⁹⁹ Författningsförslaget, 5 kap. 2 j §, SOU 2006:28, s. 39.

att finnas ett behov av kontakt mellan anbudsgivare och upphandlare efter anbudsgivningen.¹⁰⁰

När de slutliga anbuden inkommit har den upphandlande myndigheten därför möjlighet att anmoda en deltagande leverantör att precisera sitt anbud. Denna anmodan får dock inte rubba konkurrensen eller verka diskriminerande. Det framgår inte klart hur långt möjligheten att ändra ett anbud sträcker sig. Dock kan erinras om att den konkurrenspräglade dialogen enligt det klassiska direktivets ingress inte får användas på ett sådant sätt att grundläggande delar av anbuden ändras genom att nya väsentliga krav åläggs den utvalda anbudsgivaren eller genom att någon annan anbudsgivare än den som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kan komma i fråga.¹⁰¹ Den upphandlande myndighetens manöverutrymme efter de slutliga anbuden får i detta avseende därför sägas vara tämligen begränsade.¹⁰² Frågor som har föreslagits vara möjliga att avhandla efter lämnat anbud utgörs av finansiell due-diligence, byggnadstillstånd, mindre betydelsefulla konstruktionsdetaljer och detaljerade surveys såsom en kostsam asbestundersökning. Man måste dock se upp med den kumulativa effekten av samtliga berörda frågor ovan.¹⁰³

Verschuur menar att manöverutrymmet för konkurrenspräglad dialog i förevarande avseende inte förefaller vara mycket större än för öppen eller selektiv upphandling. Han identifierar fyra generalprinciper som kan fungera som tolkningshjälp hämtade från EG-domstolen och nederländsk upphandlingspraxis.

1. Ett klarläggande, precisering eller finjustering kan bara tillåtas i den utsträckningen att de konkurrensmässiga villkoren förblir desamma. Leverantören skall inte ges en andra chans att förbättra sitt anbud.
2. Det måste vara en rimlig sannolikhet att de element i anbudet som klarläggs, preciseras eller finjusteras underförstått redan existerade.
3. En post-anbudskontakt mellan leverantör och upphandlare kan begränsas till en enkel ja- eller nejfråga utan risk för att andra faktorer som bestämmer anbudspriset justeras utan upphandlarens kännedom.
4. I den utsträckning klarlägganden, preciseringar och finjusterar tillåts måste alla anbudsgivare behandlas lika.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Rosén-Andersson, Helena & Käll, Ulf: Konkurrenspräglad dialog, Offentliga affärer, 2007-03-14.

¹⁰¹ Dir. 2004/18/EG, beaktandesats 31.

¹⁰² Kommissionens förklarande not till konkurrenspräglad dialog, s. 9.

¹⁰³ Loest-Kennedy, Ciara: What Can Be Done at the Preferred Bidder Stage in Competitive Dialogue?, PPLR 2006, s. 319-325.

¹⁰⁴ Verschuur, Steven: Competitive Dialogue and the Scope for Discussion After Tenders and Before Selecting the Preferred Bidder, PPLR 2006, s. 329-330.

Slutligen kan det med intresse noteras att Treumer menar att det finns en utmärkt möjlighet för upphandlaren att efter dialogens avslutande och anbudens inkommande företa olagliga fortsatta förhandlingar med en eller flera leverantörer. Transparens saknas bakom de slutliga klarläggandena såväl som under dialogerna som genomförts med var leverantör för sig. En förfördelad leverantör har varken chans att veta när så har skett eller möjlighet att anskaffa bevis inför en rättslig process.¹⁰⁵

2 k § Den upphandlande myndigheten skall värdera anbudet på grundval av tilldelningskriterierna, som skall anges i annonsen eller i det beskrivande dokumentet.

*Myndigheten kan anmoda den leverantör som blivit vald att precisera vissa aspekter i anbudet eller att bekräfta åtaganden som anges i detta, under förutsättning att det inte leder till ändring av väsentliga delar av anbudet eller inbjudan att lämna anbud, snedvridning av konkurrensen eller diskriminering.*¹⁰⁶

Som lagtexten stadgar ovan värderar den upphandlande myndigheten de inkomna anbudet med hjälp av tilldelningskriterierna. När värdering av anbudet skett väljs den leverantör som levererat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Vad som ovan sagts om möjligheten att ändra anbud innan leverantören valts gäller även ändring av vald leverantörs anbud. En skillnad är dock att den valda leverantören i förevarande situation dessutom kan anmodas att bekräfta åtaganden som gjorts i anbudet, så länge ingen konkurrensrubning eller diskriminering är för handen. Detta implicerar att leverantören skulle kunna dra tillbaka ett åtagande i anbudet, så länge detta inte innebär ändring av anbudet i någon väsentlig del. Upphandlingsutredningen betonar dock att det aldrig kan bli tal om att ingå några förhandlingar med leverantören.¹⁰⁷ Kommissionen framhåller att den interaktion det kan bli tal om relaterar till någonting mycket mer begränsat, nämligen ett preciserande eller ett bekräftande av en leverantörs lösning, som i sig redan har förevisats i det slutliga anbudet.¹⁰⁸

*2 l § Den upphandlande myndigheten får bestämma att priser eller betalning skall ges till deltagarna i dialogen.*¹⁰⁹

Det stadgas i direktivet att upphandlande myndighet får bestämma att priser eller betalning skall ges till dialogens deltagare. Detta är logiskt, då den konkurrenspräglade dialogen kan vara en mycket resurskrävande process, särskilt för en leverantör.¹¹⁰ Den danska Konkurrencestyrelsen uppmanar upphandlande myndigheter att vara uppmärksamma på att deltagarna i en

¹⁰⁵ Treumer, Steven: Competitive Dialogue, PPLR, 2004, s. 184.

¹⁰⁶ Författningsförslaget, 5 kap, SOU 2006:28, s. 39.

¹⁰⁷ SOU 2006:28, s. 385.

¹⁰⁸ Kommissionens förklarande not till konkurrenspräglad dialog, s. 10.

¹⁰⁹ Författningsförslaget, 5 kap, SOU 2006:28, s. 40.

¹¹⁰ Kommissionens förklarande not till konkurrenspräglad dialog, s. 7.

konkurrenspräglad dialog ställer helt andra krav på resurser och kreativitet än ett ordinärt upphandlingsförfarande.¹¹¹ När kontraktet väl har ingåtts skall den offentliga upphandlaren på sedvanligt vis sända ett meddelande härom till Kommissionen, senast 48 dagar efter dess ingående.¹¹²

3.2.4 Överprövning

Processen i upphandlingsformen konkurrenspräglad dialog innehåller en rad kritiska beslut av den upphandlande myndigheten. Vissa av dessa torde enligt upphandlingsutredningen vara av särskilt intresse från ett överprövningsperspektiv. De beslut som lyfts fram är:

Beslutet att använda konkurrenspräglad dialog (inbegripet bedömningen att ett särskilt komplicerat kontrakt är för handen).

Beslutet att välja ut vissa leverantörer med vilka dialogen skall inledas.

Beslutet att utesluta en lösning om dialogen skall genomföras i successiva steg.

Beslutet att avsluta dialogen.

Beslut som avser ändringar av ett slutligt anbud.

Beslut som avser ändringar i det valda anbudet.

Bland besluten ovan är det enligt utredningen endast den upphandlande myndighetens beslut att avsluta en konkurrenspräglad dialog, som till följd av myndighetens särskilda underrättelseskyldighet i direktivet torde ha förutsättningar att bli överprövat *innan* myndigheten fattar sitt tilldelningsbeslut.¹¹³

Även en leverantör som inte väljs ut till dialog eller vars lösning i dialogen ratas måste dock enligt utredningen anses ha ett berättigat intresse av att få överpröva sådana beslut. En ordning som gör detta möjlig torde även bidra till förfarandets effektivitet. Därför föreslås att det klassiska direktivets bestämmelser om konkurrenspräglad dialog i den svenska lagstiftningen bör kompletteras med bestämmelser som åligger den upphandlande myndigheten att underrätta berörd leverantör om att denne inte får delta i dialogen eller om dennes lösning valts bort i denna. Direktivets krav på sekretess beträffande de lösningar som leverantörerna har föreslagit försvårar emellertid den upphandlande myndighetens möjligheter att motivera för den berörde leverantören varför han inte får delta i dialogen eller varför hans lösning i dialogen har valts bort. Därigenom begränsas leverantörens argumentation i en eventuell överprövning. Trots detta föreslås ändock att regler om underrättelseskyldighet införs så att en överprövning görs möjlig, se 2 e § första stycket och 2 g § andra stycket ovan.¹¹⁴

¹¹¹ Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne, s. 82.

¹¹² Dir. 2004/18/EG, artikel 35.4.

¹¹³ SOU 2006:28, s. 123 och Dir. 2004/18/EG artikel 29.6 första stycket.

¹¹⁴ SOU 2006:22, s. 127.

Sammanfattningsvis ger det klassiska direktivet tillsammans med upphandlingsutredningens förslag möjlighet för leverantörerna att söka överprövning *före* tilldelningsbeslutet vid tre olika tillfällen. Dessa är:

1. beslutet att avsluta en dialog,
2. beslutet att välja ut vilka leverantörer som skall delta i dialogen, och
3. beslutet att rata en föreslagen lösning i dialogen.

Upphandlingsutredningen anser att de övriga tre punkterna också bör kunna överprövas, dock endast *efter* tilldelningsbeslutet. Emellertid utvecklar utredningen inte dessa möjligheter ytterligare.¹¹⁵ Det är min tro att en konkretisering är att vänta i den kommande propositionen.

Den brittiska myndigheten för upphandling förebådar att införandet av konkurrenspräglad dialog vilken erbjuder den upphandlande myndigheten mindre utrymme för variation under processen, kombinerat med Alcateldomen, kan resultera i en ökad risk för överprövningar.¹¹⁶ Någon eskalering av överprövningar är enligt Åkerlund emellertid inte att vänta för svenskt vidkommande.¹¹⁷ Som en parentes kan nämnas att EG-domstolens dom i Alcatelmålet med åtföljande förändring av LOU har fått stor betydelse avseende leverantörernas tillgång till effektiva rättsmedel. I domen fastställdes att medlemsstaterna enligt rättsmedelsdirektiven är skyldiga att tillhandahålla ett prövningsförfarande i ärenden om offentlig upphandling som ger en klagande leverantör möjlighet att få en upphandlande enhets val av leverantör prövat innan ett upphandlingskontrakt ingås. I Sverige är denna frist satt till tio dagar. Domen har inneburit en övervikt av överprövningsmål i förvaltningsdomstol jämfört med tidigare då skadeståndsmål i allmänna domstolar dominerat.¹¹⁸

¹¹⁵ SOU 2006:28, s. 124-126.

¹¹⁶ Office of Government Commerce: Practical Guidance on the use of Competitive Dialogue, s. 5 och C-81/98 Alcatel Austria AG med flera mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr.

¹¹⁷ Åkerlund, Mattias, juridisk rådgivare NOU, telefonintervju 2007-04-20.

¹¹⁸ Karlsson, Torgny: Om offentlig upphandling, affärsmässighet och svenska nationella regler, Göteborgs universitet, 2004, s. 4.

4 Konkurrenspräglad dialog – i ett samhälleligt perspektiv

För att i den empiriska undersökningen finna lämpliga variabler för att undersöka den konkurrenspräglade dialogens troliga implikationer för upphandlare och leverantörer har jag sökt i doktrin och sneplat på Danmarks erfarenheter av förfarandet. I det följande avsnittet kommer jag att förmedla de farhågor och möjligheter för den konkurrenspräglade dialogen som förts fram i den svenska juridiska diskursen.

4.1 Konkurrenspräglad dialog i svensk diskurs

Generellt kan det sägas att när den konkurrenspräglade dialogen kommit på tal i svensk doktrin och juridisk debatt har brännpunkten varit förfarandets nackdelar. Detta kan delvis bero på att den försenade lagstiftningsprocessen och upphandlingsutredningens förslag överlag har kritiserats livligt av bland annat lagrådet. Det bör dock påpekas att lagrådet inte granskat den konkurrenspräglade dialogen utan endast de tvingande bestämmelserna i upphandlingsdirektiven.¹¹⁹ Kontrasten till Danmarks faktiska och i huvudsak positiva erfarenheter av upphandlingsförfarandet är hur som helst överväldigande tydlig. Låt oss dock börja med en positiv egenskap som tillmätts den konkurrenspräglade dialogen; att den är kompetensoptimerad och fyller ett rättsligt tomrum.

4.1.1 Kompetensoptimerad

Med tanke på den tekniska utvecklingen och nya samverkans- och finansieringsformer med deltagande av offentliga och privata investerare föreligger det ett behov av bra instrument för en konkurrensneutral dialog.¹²⁰ Offentlig upphandling med tillämpning av den konkurrenspräglade dialogen möter fördelningen av kunskap mellan upphandlande myndighet och leverantör på ett bättre sätt. Vid utformandet av dagens upphandlingar i enlighet med LOU tar upphandlande myndighet ett betydande ansvar för hur uppdraget skall utföras. En anledning till detta är att den upphandlande myndigheten generellt anses ha bättre förmåga att hantera kostnadsrisker än leverantören. Kompetensfördelningen är emellertid inte alltid lyckad, då det ofta kan vara svårt att veta mer specifikt hur den upphandlande myndighetens behov skall konkretiseras. Konkurrenspräglad dialog kan därför enligt Olausson sägas bjuda in till en

¹¹⁹ Yttrande från lagrådet, Fi 2007-02-07, angående ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

¹²⁰ Mossberg, Kent: Förslaget om nya LOU, Offentliga affärer, nr 5 2006, s. 7.

mer dynamisk effektivitet och minskade kostnader i upphandlingen.¹²¹ Genom att få möjlighet att diskutera alla aspekter av kontraktet minskar också risken för otillräckligt utformade förfrågningsunderlag.¹²² Ett otillräckligt förfrågningsunderlag kan i ett senare skede leda till att dess villkor måste justeras för att erhålla acceptabla anbud, ett förfarande likabehandlingsprincipen ser mycket restriktivt på, varför hela upphandlingen istället måste göras om. Förfarandet kan göra förfrågningsunderlagen mer stringenta då upphandlingsobjektets mer problematiska delar löses tillsammans med leverantörerna under diskussionen. Dialogmötena kan även väntas leda till att kravet på exakthet i förfrågningsunderlaget bättre upprätthålls. Sammanfattningsvis är den konkurrenspräglade dialogen en upphandlingsform som är bättre anpassad till den verklighet som upphandlande myndigheter står inför.¹²³

4.1.2 Snårig

Det har sagts att upphandlingsdirektiven överlag utgör tämligen snårig juridik avsedd att tillämpas i första hand av jurister. Enligt uppgift är emellertid omkring 95 % av alla upphandlingar som görs i Sverige per år förenklade upphandlingar där resurser i form av juridisk sakkunskap sällan finns tillgängliga.¹²⁴ Samtidigt höjs det röster för att myndigheternas benägenhet att satsa på egen upphandlingskompetens minskar.¹²⁵ Intern kompetens att hantera komplicerade upphandlingar saknas idag hos många offentliga upphandlare.¹²⁶ Att den konkurrenspräglade dialogen är svårförståelig manifesteras tydligt genom att många av upphandlingsutredningens remissinstanser felaktigt hyst farhågan att förfarandet måste innebära att leverantörerna skall offentliggöra sina lösningar för konkurrenterna.¹²⁷

John Hane är mycket kritisk till den konkurrenspräglade dialogen och anför att denna inrymmer ett stort mått av formkrav som troligen gör den tidsödande att genomföra och därmed mindre attraktiv i det praktiska livet. När den konkurrenspräglade dialogen dessutom inte ger ”tillnärmelsevis den flexibilitet som förhandlat förfarande och som komplicerade kontrakt tenderar kräva”, är det enligt honom inte helt lätt att se vilket praktiskt behov den kommer att fylla. Det nu sagda gör sig i vart fall gällande så länge inte EG-domstolen skulle fastställa att det förhandlade förfarandet alls inte kan användas på det breda sätt som tidigare varit vanligt förekommande. Det är enligt Hane vidare uppenbart att offentlig-privata partnerskapskontrakt ställer helt andra krav på flexibilitet i förhandlingen än

¹²¹ Olausson, Therese: Offentlig upphandling, Linköpings universitet, vt 05, s. 40-42.

¹²² Åkerlund, Mattias, juridisk rådgivare NOU, telefonintervju 2007-04-20.

¹²³ Olausson, Therese: Offentlig upphandling, Linköpings universitet, vt 05, s. 40-42.

¹²⁴ Hane, John: De nya upphandlingsdirektiven, ERT 2005, s. 71-72.

¹²⁵ SOU 2006:28, s. 477.

¹²⁶ Åkerlund, Mattias, juridisk rådgivare NOU, telefonintervju 2007-04-20.

¹²⁷ Mossberg, Kent: Förslaget om nya LOU, Offentliga affärer, nr 5 2006, s. 7.

vad den konkurrenspräglade dialogen tillåter.¹²⁸ Införandet av det komplicerade förfarandet konkurrenspräglad dialog förefaller således utgöra en omöjlig ekvation. Behovet av klarläggande rättsfall är påtagligt. Det hela accentueras enligt Hane genom Regeringsrättens ofta citerade domskäl i ”Migrationsverksmålet”. Regeringsrätten uttalade i domen att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet medför att även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och EG-rätten inte kränks.¹²⁹ Detta uttalande har i en alltmer spretig länsrättspraxis många gånger motiverat domstolarna att godta annars klara överträdelser av likabehandlingsregeln och andra elementära bestämmelser vid värdering av anbud.¹³⁰

En av upphandlingsutredningen uttalad nackdel med den konkurrenspräglade dialogen är vidare att det nya förfarandet inte i alla delar är så tydligt som kunnat önskas. Detta är dock enligt utredningen inte tillräckliga skäl för att avstå från att göra förfarandet tillgängligt i Sverige.¹³¹ Till exempel är den synnerligen elementära frågan om vad som skall anses vara ett särskilt komplicerat kontrakt ingalunda klart fastslagen. Den upphandlande myndighetens avvägning av vad som skall anses vara särskilt komplicerat avgörs genom en konkret värdering. Direktivet förmedlar ett antal icke-uttömmande situationer där ett särskilt komplicerat kontrakt kan vara för handen. Praxis saknas. Gränsen mellan vad som är omöjligt att fastställa i förfrågningsunderlaget och vad som är oerhört svårt men jämväl möjligt att fastställa får sägas vara synnerligen svårdefinierad. Denna osäkerhet kan å ena sidan leda till en restriktivitet av användandet av upphandlingsformen. Å andra sidan kan också det scenariot utvecklas att förfarandet tillämpas alltför ofta, i fall där det egentligen inte är behövligt.¹³²

Det har hos upphandlingsutredningens remissinstanser framförts den uppfattningen att Sverige i likhet med Danmark skall sammanställa en vägledning till den nya lagen, för att göra förfarandet tydligare.¹³³ Oavsett vilket som blir fallet menar Åkerlund att konkurrenspräglad dialog inte kommer att användas särskilt ofta i Sverige. Det kan röra sig om några fall om året till maximalt hundratalet. Särskilt vad gäller komplexa infrastrukturprojekt kan det förväntas att förfarandet kommer att tillämpas.¹³⁴

¹²⁸ Hane, John: De nya upphandlingsdirektiven, ERT 2005, s. 71-72.

¹²⁹ RÅ 2002 ref 50.

¹³⁰ Hane, John: De nya upphandlingsdirektiven, ERT 2005, s. 76.

¹³¹ SOU 2006:28, s. 121.

¹³² Olausson, Therese: Offentlig upphandling, Linköpings universitet, vt 05, s. 43-44.

¹³³ Mossberg, Kent: Förslaget om nya LOU, Offentliga affärer, nr 5 2006, s. 7.

¹³⁴ Åkerlund, Mattias, juridisk rådgivare NOU, telefonintervju 2007-04-20.

4.1.3 Likabehandlingsintrikat

Det klassiska direktivet tillåter inte utan samtycke att de olika anbudsgivarnas förslag i dialogen ställs emot varandra. Avvägningen får i stället ske av upphandlaren själv, ty den EG-rättsliga lagstiftningen betonar likabehandling snarare än kortsiktig kostnadseffektivitet. Det föreligger icke desto mindre en risk att den konkurrenspräglade dialogens aktörer under processen bryter mot likabehandlingsprincipen. Det är inte osannolikt att en situation uppstår där en deltagare kan sägas veta vad en annan deltagare bidragit med till diskussionen. Det är ofta lätt att information läcker (se exemplet med Nordjyllands Amt nedan) vilket kan avskräcka leverantörer för att förmedla sina bästa lösningar. Det förefaller vidare självklart att den upphandlande myndigheten med nödvändighet, åtminstone indirekt efter att ha träffat den första leverantören och förevisats dennes lösning, anpassar sina frågor till de andra leverantörerna därefter.¹³⁵ Att läckage är den stora risken med konkurrenspräglad dialog bekräftas av Åkerlund. Det är därför synnerligen viktigt att processen styrs professionellt av upphandlaren.¹³⁶

Hane förutser svåra gränsdragningsfrågor mellan å ena sidan information den upphandlande myndigheten fått från en anbudsgivare och dragit nytta av genom sin förädling av kravspecifikationen under dialogens olika faser och å andra sidan information som myndigheten i den fortsatta dialogen inte får lämna ut till andra leverantörer på grund av likabehandlingsprincipen. Kan exempelvis mindre delar av en lösning eller en omarbetad lösning få diskuteras med dialogens andra deltagare utan att likabehandlingsprincipen kränks? En inneboende motsättning är enligt Hane för handen vilket kan uppfattas som ett hinder mot att föra en konstruktiv dialog framåt.¹³⁷ Föga förvånande får det konstateras att praxis saknas.

4.1.4 Resurskrävande

Offentliga kontrakt är allmänt till storleken omfattande, vilket ofta innebär en nackdel för små och medelstora företag, vilket i sin tur riskerar att begränsa konkurrensen och tillväxten. I det klassiska direktivet uttalas det att hittills tillämpliga upphandlingsmetoder har medfört alltför höga kostnader.¹³⁸

Mycket tyder på att behovet av konkurrenspräglad dialog främst fylls av kontrakt av större omfattning, både utförandemässigt och ekonomiskt. Den norska upphandlingsutredningen konstaterar att förfarandet med konkurrenspräglad dialog är krävande och därför särskilt avsett för stora och komplicerade kontrakt.¹³⁹ Upphandlingsutredningens remissorgan framhåller också faktumet att denna upphandlingsform ställer stora krav på

¹³⁵ Olausson, Therese: Offentlig upphandling, Linköpings universitet, vt 05, s. 45-46.

¹³⁶ Åkerlund, Mattias, juridisk rådgivare NOU, telefonintervju 2007-04-20.

¹³⁷ Hane, John: De nya upphandlingsdirektiven, ERT 2005, s. 71.

¹³⁸ Dir. 2004/18/EG, beaktandesats 41.

¹³⁹ Høringsnotat den 6 april 2005.

upphandlarens kompetens.¹⁴⁰ Att förfarandet är särskilt resurskrävande för leverantörer bekräftas av Åkerlund.¹⁴¹ Förfarandet erfordrar att en dialogdeltagare både har tid och resurser att lägga ner på att ta fram ett förslag om hur ett behov hos den upphandlande myndigheten skall lösas, först i ansökan att delta i dialogen och sedan i dialogförfarandet, utan någon egentlig garanti för att man till slut kommer att vinna kontraktet. Dessutom är det troligt att mycket resurser kommer att behöva avsättas för översättningsarbete till det språk den upphandlande myndigheten bestämt att dialogen skall föras på. Ett syfte med det klassiska direktivet är nämligen att öppna upp offentliga kontrakt för konkurrens från även utländska leverantörer och det är troligt att företag från olika medlemsländer deltar i dialogen.¹⁴² Sammanfattningsvis föreligger det en stor risk att endast större företag har tid och pengar att avsätta för att föra en dialog som inte nödvändigtvis kommer leda till kontrakt.¹⁴³

4.1.5 Utkonkurrerad

Det har framförts att det förefaller finnas en inte obetydlig risk att den formaliserade konkurrenspräglade dialogen kommer att konkurreras ut av det förhandlade förfarandet.¹⁴⁴ Vissa av upphandlingsutredningens remissinstanser har påtalat att det inte vid konkurrenspräglad dialog finns något utrymme för dialog i tilldelningsfasen och spår en försämring jämfört med förhandlad upphandling.¹⁴⁵ I ett förhandlat förfarande med annonsering är det möjligt att göra större ändringar i ett vinnande anbud, så länge anbudet inte ändras i grundläggande delar. I tiden efter tilldelningsbeslutet framstår det därför som om det finns vidare möjligheter att ändra ett anbud vid ett förhandlat förfarande med annonsering än vid konkurrenspräglad dialog. Då behovet av att ändra ett vinnande anbud kan antas vara mer påtagligt vid upphandling av särskilt komplicerade upphandlingskontrakt ifrågasätter Rosén-Andersson & Käll huruvida det är ändamålsenligt med en så restriktiv regel för ändring av vinnande anbud vid den konkurrenspräglade dialogen som direktivtexten ger vid handen. De anför därför att anbuds förfarandet vid konkurrenspräglad dialog riskerar att endast bli en formaliasak. Om upphandlande myndigheter, mot bakgrund av de begränsade möjligheter som finns att ändra anbuden, utformar dialogen så att det regelmässigt återstår endast en anbudsgivare, kommer nämligen den konkurrenspräglade dialogen att tillämpas på ett sätt som mer och mer liknar det förhandlade förfarandet.¹⁴⁶

¹⁴⁰ Mossberg, Kent: Förslaget om nya LOU, Offentliga affärer, nr 5 2006, s. 7.

¹⁴¹ Åkerlund, Mattias, juridisk rådgivare NOU, telefonintervju 2007-04-20.

¹⁴² Poulsen, Sune Troels & Hjelmberg, Simon Evers: Hvor megen konkurrence skal der være i en konkurrencepræget dialog?, UfR 20. januar 2007, s. 35.

¹⁴³ Olausson, Therese: Offentlig upphandling, Linköpings universitet, vt 05, s. 46-47.

¹⁴⁴ ByggherreForum: Yttrande över upphandlingsutredningens slutbetänkande, s. 3.

¹⁴⁵ Mossberg, Kent: Förslaget om nya LOU, Offentliga affärer, nr 5 2006, s. 7.

¹⁴⁶ Rosén-Andersson, Helena & Käll, Ulf: Konkurrenspräglad dialog, Offentliga affärer, 2007-03-14.

Det kan alltså ifrågasättas om de restriktiva reglerna för ändring av anbud vid konkurrenspräglad dialog kommer att fungera i praktiken. En uppenbar risk är att tilldelning av kontrakt inte kommer att kunna ske på grundval av anbuden, varför förfarandet kan behöva avbrytas. Möjligheten att övergå till ett förhandlat förfarande är mer begränsad vid avbrytande av en konkurrenspräglad dialog än vid avbrytande av ett öppet eller selektivt förfarande. Om en konkurrenspräglad dialog behöver avbrytas kan det därför många gånger få till följd att upphandlingen får göras om. För att den konkurrenspräglade dialogen skall ha en reell chans gentemot förhandlat förfarande är det viktigt att dialogen inte avslutas för tidigt. Dialogen måste genomföras på ett sådant sätt att myndigheten kan anta en av de presenterade lösningarna när dialogen väl avslutats och formella anbud skall lämnas.¹⁴⁷

När den konkurrenspräglade dialogen inte ger ”tillnärmelsevis den flexibilitet som förhandlat förfarande och som komplicerade kontrakt tenderar kräva”, är det inte helt lätt att se vilket praktiskt behov den kommer att fylla. Det nu sagda gör sig enligt Hane i vart fall gällande så länge inte EG-domstolen skulle fastställa att det förhandlade förfarandet alls inte kan användas på det breda sätt som tidigare varit vanligt förekommande.¹⁴⁸

Det klassiska direktivet begränsar inte användningen av det förhandlade förfarandet helt till situationer då konkurrenspräglad dialog inte är möjligt att tillämpa. Trots detta försöker Kommissionen uppmuntra användandet av konkurrenspräglad dialog i förhållandet till förhandlat förfarande när det gäller större upphandlingar. Kommissionen har tillika uttryckt önskemål om att den vill se att det förhandlade förfarandet endast skall tillämpas i mycket snävt avgränsade fall.¹⁴⁹ Ett brittiskt statligt samordningsorgan för offentlig upphandling har i sina riktlinjer skrivit att konkurrenspräglad dialog kommer att användas vid den övervägande majoriteten av de komplexa upphandlingarna. Endast vid ett mycket litet antal komplexa upphandlingar då exceptionella omständigheter föreligger skall det förhandlade förfarandet användas. Detta stadgande skall ses i ljuset av att det i Storbritannien är möjligt att överpröva beslutet att använda sig av förhandlat förfarande och att där rådande upphandlingskultur ser annorlunda ut.¹⁵⁰ Tiden och förhoppningsvis EG-domstolen lär utvisa vilket förfarande som utgår som segrare i striden: konkurrenspräglad dialog eller förhandlat förfarande.

I Danmark verkar den konkurrenspräglade dialogen emellertid ha stått sig tämligen bra och vi ska i det följande undersöka erfarenheterna av detta förfarande i landet.

¹⁴⁷ Rosén-Andersson, Helena & Käll, Ulf: Konkurrenspräglad dialog, Offentliga affärer, 2007-03-14.

¹⁴⁸ Hane, John: De nya upphandlingsdirektiven, ERT 2005, s. 71.

¹⁴⁹ Freshfields Bruckhaus Deringer: Competitive dialogue: the EU's new procurement procedure, briefing, November 2005, s. 2.

¹⁵⁰ Office of Government Commerce: Practical Guidance on the use of Competitive Dialogue, s. 3-4.

4.2 Konkurrenspräglad dialog i Danmark

Flera danska aktörer har under många år uttryckt önskemål om införandet av möjligheten till mer dialog i upphandlingsprocessen. Danmark var den första medlemsstaten att implementera de nya upphandlingsdirektiven vilka trädde i kraft i landet den 1 januari 2005.¹⁵¹ Direktiven har införlivats i dansk lag i princip i sin helhet, vilket innebär att de nyheter som lanseras i direktiven, bland annat konkurrenspräglad dialog, är fullt tillgängliga för danska upphandlande myndigheter. Vid slutet av år 2006 hade 12 upphandlingsförfaranden med konkurrenspräglad dialog initierats i Danmark.¹⁵²

Många i den danska juristkåren har mottagit den konkurrenspräglade dialogen positivt. Den danska kammaradvokaten Kurt Bardeleben ser den konkurrenspräglade dialogen som framtidens upphandlingsförfarande. Han betonar betydelsen av att samspelet mellan det offentliga och det privata formas och utvecklas i en miljö där utgångspunkten är samarbete snarare än en i förväg väl-specificerad leverans.¹⁵³

Seniorkonsulent Peter Højgaard med mångårig erfarenhet inom offentlig upphandling understryker i en rapport att den offentliga upphandlaren genom den konkurrenspräglade dialogen får klart besked om hur långt marknaden kommit i teknikutvecklingen och leverantörerna får bättre insikt i kundens förväntningar, i synnerhet vad gäller sådant som svårigen kan utläsas av en vanlig kravspecifikation. Leverantörerna ser i dialogen en möjlighet att prova vissa idéer och få feedback av kunden, utan att man för den skull låser sig fast i ett slutligt anbud. Højgaard ser förfarandet som ett stort steg framåt i förhållande till de traditionella utbudsformerna. Det medges att upphandlingsprocessen blir tyngre i form av många möten och en strikt upprätthållning av likabehandlingsprincipen samt att det ännu saknas helt klara riktlinjer och praxis på området. Sammantaget uttalas dock att den konkurrenspräglade dialogens stora flexibilitet övervinner den något tyngre processen.¹⁵⁴ I det följande skall erfarenheterna av några danska projekt upphandlade genom konkurrenspräglad dialog förmedlas.

4.2.1 Elektronisk patientjournalösning

Nordjyllands Amt var den första myndigheten i Danmark (och troligen en av de första i hela unionen) att tillämpa den konkurrenspräglade dialogen. Upphandlingen skedde i januari 2005, precis när upphandlingsdirektiven

¹⁵¹ Treumer, Steven: The Field of Application of Competitive Dialogue, PPLR 2006, s. 314.

¹⁵² Treumer, Steven: The Field of Application of Competitive Dialogue, PPLR 2006, s. 309.

¹⁵³ StrukturMagasinet, uge 45: Konkurrencepræget dialog bliver fremtiden.

¹⁵⁴ Højgaard, Peter: Konkurrencepræget dilog –Lessons learned, Rapport, 2006-06-08.

trätt i kraft i Danmark och resulterade i ett detaljerat utvärderande dokument där erfarenheterna av förloppet delgavs.¹⁵⁵

Upphandlingsföremålet var en elektronisk patientjournallösning till regionens sjukhus. Leveransen av en dylik lösning var synnerligen komplex och den ansågs inte möjlig att låta sig kravspecificeras. Kvalifikationsfasen varade 37 dagar medan dialogfasen tog åtta månader i anspråk. Den följande anbudsfristen var 40 dagar. Under dialogfasen skedde sju dialogmöten med var och en av de fyra utvalda leverantörerna. En av de deltagande leverantörerna uppskattade att processen tog dubbelt så mycket tid i anspråk i jämförelse med ett gängse upphandlingsförfarande. En leverantör har emellertid valt att se den ökade resurskostnaden som en del av företagets försäljningsarbete. Upphandlingsprocessen innebar enligt amten hårt arbete och ett ”våldsamt tryck” på vissa resurser. Nordjyllands Amt uttalar att processens tidsmässigt långa omfång varit en fördel. För likabehandlingsprincipens skull var dagordningarna för dialogerna med leverantörerna likalydande, vilket av leverantörerna uppfattades som oflexibelt. De lika dialoguppläggen underlättade enligt amten emellertid jämförelser mellan leverantörerna.¹⁵⁶

Dialogmötena sades ge en mycket god möjlighet att utkristallisera vad som var tekniskt möjligt att åstadkomma. Nordjyllands Amt slogs samtidigt av vilken djup insikt de enskilda leverantörerna hade i varandras lösningar. Som upphandlande myndighet säger man sig ha varit mycket uppmärksam vad gäller sekretessfrågan. Det måste således skett en informell kommunikation mellan leverantörerna vid tiden för dialogfasen. Mot slutet av dialogfasen upplevde den upphandlande myndigheten tydliga skillnader mellan de olika lösningarna. Det var markant hur de enskilda leverantörerna inte bara anpassade sitt lösningsförslag till den upphandlande myndighetens krav, utan också förhöll sig till konkurrenternas lösningsförslag avseende prissättningen.¹⁵⁷

Den upphandlande myndigheten är överlag positivt överraskad av upphandlingsformen. Man anser sig ha uppnått en likvärdig konkurrens mellan leverantörerna som avspeglade sig i en hårdare konkurrens vid angivandet av anbud. Dessutom uppnådde myndigheten en ”väsentlig insikt” i leverantörernas olika produkter. Man menar också att fokus ändrade sig jämfört med ett traditionellt upphandlingsförfarande. Från en betoning på kravspecifikationen förflyttades brännpunkten istället till någonting bredare och mer helhetsorienterat. Till de offentliga upphandlare som överväger att använda sig av den konkurrenspräglade dialogen förmedlade Nordjyllands Amt följande rekommendationer.

1. Sörj i god tid för vem som internt ska ansvara för upphandlingen. Detta är väsentligt för maximalt utbyte av dialogfasen.

¹⁵⁵ Falch, Anne-Marie: Erfaringer med utbudsformen ”konkurrencepræget dialog”, Udbudsportalen, 2007-02-27.

¹⁵⁶ Falch, Anne-Marie, a.a. s. 1-2.

¹⁵⁷ Falch, Anne-Marie, a.a. s. 3.

2. Utnyttja konkurrensperspektivet i upphandlingsformen. Det lönar sig.
3. Var mycket medveten om likabehandlingsregeln och risken för att ge vidare hemliga upplysningar från en leverantör till en annan.
4. Utnyttja möjligheten till en fast styrning av förloppet – det ger upphov till färre överraskningar.
5. Upprätthåll en hög dokumentationsnivå då dialogfasen tar vid.
6. Besluta från starten om tidsmässigt hårda ramar – annars riskerar processen att bli alltför lång.¹⁵⁸

4.2.2 Offentligt-privata partnerskap

Trehøje Kommun skrev EU-historia genom att som första upphandlande myndighet tillämpa den konkurrenspräglade dialogen på ett offentligt-privat samarbete vid byggnationen av en ny folkskola i Vildbjerg. Den nya skolan skall byggas, finansieras, ägas och underhållas i 30 år av leverantören medan kommunen betalar en årlig hyra för utnyttjandet av skolbyggnaderna. Tanken är att skolans ledning i framtiden skall kunna koncentrera sig på undervisningen och pedagogik till 100 %. Utredningen som föregick upphandlingen visade på en besparing på 10-12 % i förhållande till en kommunalt ägd skola. Tolv konsortier ansökte om deltagande i dialogen varvid fem valdes ut.¹⁵⁹

Projektansvariga har uttalat att det uppstod en mycket nära relation till leverantörerna som var för sig utvecklade några unika lösningar varför det var synnerligen viktigt att ständigt fokusera på kommunens egentliga behov. Kommunen är idag positivt inställd till ytterligare upphandlingar av offentligt-privata partnerskap med konkurrenspräglad dialog. Den vinnande leverantören menade att det är fantastiskt att den dagliga driften och underhållet tänkts ut i samband med byggnationen och designen av skolan. Alltför ofta har man kommit ut till färdiga byggnationer där den dagliga driften varit glömd vid designen av skolan.¹⁶⁰

Den danska statens intention att upphandla sitt första offentligt-privata partnerskapsprojekt offentliggjordes i mars 2006. Upphandlingsobjektet är det nya Riksarkivet i Köpenhamn. Leverantören skall stå för byggnationen och viss service under ca 30 år och konkurrenspräglad dialog kommer att tillämpas. Den arkivmässiga driften skall som tidigare fortsätta att skötas av Statens Arkiver. Man valde den konkurrenspräglade dialogen för att finna innovativa lösningar till upphandlingsobjektets specifika problem, bland annat hur 370 hyllkilometer arkivhandlingar lämpligen förvaras. Den offentliga myndigheten utarbetade inte särdeles detaljerade anvisningar i upphandlingsunderlaget. Fokus har i stället varit att beskriva den nya

¹⁵⁸ Falch, Anne-Marie, a.a. s. 4-5.

¹⁵⁹ Trehøje kommun: Landets første private folkeskole skræddersyes i konkurrencepræget dialog, Nyheter, 2005-01-10.

¹⁶⁰ MTH Højgaard: Stor interesse for de første OPP-erfaringer, 2006-06-22.

byggnadens funktioner. Dialogen pågår för närvarande för fullt och ett kontrakt väntas vara underskrivet sommaren 2007.¹⁶¹

Odense kommun i Danmark håller för närvarande på med en upphandlingsprocess av ett nytt musik- och teaterhus och musikkonservatorium där den konkurrenspräglade dialogen används. Kommunen ser den konkurrenspräglade dialogen som en ytterst spännande och kreativ utbudsform som skapar täta relationer mellan leverantören och kommunen. Projektet är ett så kallat offentligt-privat partnerskap. Leverantören kommer inte bara stå för byggandet utan också stå för driften och underhåll av detta som även omfattar parkeringsplats, musik- och teaterverksamhet, butiker och cafeér i anslutning till byggnadskomplexet. Den privata parten ansvarar dessutom för all finansiering och husets kulturella innehåll. En del av huset hyrs ut till Det Fynske Musikkonservatorium över en lång kontraktstid medan den privata parten råder över resterande del. Vidare har kommunen enligt avtalet rätt att under delar av året disponera över hela eller delar av huset. Man räknar med att fem leverantörer kvalificeras till dialogfasen. Dialogen beräknas därefter pågå ett år och ett kontrakt förväntas vara ingått i september 2007. Odense kommun har inte utarbetat detaljerade anvisningar i upphandlingsmaterialet utan i stället betonat det nya husets funktioner med förhoppningen om att de närmare tekniska och juridiska kraven skall konkretiseras i samråd med leverantörerna.¹⁶²

I Århus pågår för närvarande upphandlingen av byggandet av Danmarks största sjukhus från grunden. Kontraktet är värt flera miljarder danska kronor och byggnationen skall vara klar omkring år 2020. Man har kommit så långt att fyra leverantörssammanslutningar nu har kvalificerat sig för dialogfasen. Leverantörerna kommer från ett flertal länder inom unionen, men också från Norge och USA. Projektchefen är mycket tillfredställd med leverantörernas dialogansökningar och uppger att de är djupt nere i detaljfrågor och kommer från högt kvalificerade team som är noga sammansatta för att lösa den komplexa uppgiften. Dialogen ger också den nödvändiga möjligheten att diskutera riskstyrningen. Bland de element som ingår i den gigantiska upphandlingen kan byggstyrning, riskhantering, vägnät, arkitektur, logistik, inredning, arbetsgång och sjukhussteknologi nämnas. Vinnaren av kontraktet offentliggörs i december. Lås oss nu blicka tillbaka över sundet och se hur regionens största upphandlare i Skåne förhåller sig till det föreslagna nya upphandlingsförfarandet.

¹⁶¹ Slots- og Ejendomsstyrelsen Danmark: Statens første OPP-projekt sendt i udbud, Pressemeldelse, 2007-03-13.

¹⁶² Odense kommun: Odense Kommunes første Offentlig – Private Partnerskab (OPP) sendt i udbud.

¹⁶³ Martini, Jakob: Hård rådgiverdyst om Danmarks største sygehusbyggeri, Ingeniøren, 23.03.2007.

4.3 Konkurrenspräglad dialog för Region Skåne

MA-Skåne har ett särskilt ansvar för Region Skånes upphandlingar och tecknade 2006 avtal för 3,5 miljarder svenska kronor. En del av regionens sektorer sköter dock upphandlingen på egen hand. Skånetrafiken som upphandlar regionens kollektivtrafik och Regionentreprenader som ansvarar för regionens byggentreprenader är de viktigaste exemplen på detta. Det sagda ovan resulterar i en total inköpsvolym för Region Skåne på omkring 10 miljarder svenska kronor om året. Olle Sanfridsson är biträdande upphandlingschef för MA-Skåne och visste vad konkurrenspräglad dialog innebar före intervjun. Regionjurist Jerker Alm som sysslar med regionens upphandlingar säger sig haft viss översiktlig kunskap om det nya förfarandet tidigare. Båda konstaterar att ett behov definitivt finns för en offentlig upphandlare att träffa leverantörerna innan anbuden lämnas in avseende ett komplicerat projekt. Detta behov har man dock till en inte obetydlig del redan löst. När det gäller frågan huruvida konkurrenspräglad dialog verkar vara ett flexibelt upphandlingsförfarande får jag nämligen av båda ett mycket intressant svar, eller snarare en fråga.

4.3.1 Är konkurrenspräglad dialog egentligen något nytt?

Sett till själva metodiken och det praktiska agerandet har det enligt Alm alltid funnits möjlighet till kontakt mellan leverantör och upphandlare. För att ta ett exempel så hade man före en stor telefoniupphandling informella hearings med marknaden. I samband med dessa stämde upphandlaren av med leverantörerna hur man tänkte gå till väga med det nära förestående upphandlingsobjektet och fick därigenom återkoppling på den tänkta lösningen. Dylika kontakter är av stor betydelse och sker helt innan upphandlingsprocessen startar, det vill säga i ett mycket tidigare skede än i konkurrenspräglad dialog och i synnerhet än i förhandlat förfarande. Man kan enligt Alm i och med detta hävda att likabehandlingsprincipen rättsligt inte åsidosatts då marknaden har varit med om de informella mötena.

Faktumet att denna informella hearing-kultur redan utvecklats kan enligt Alm ta udden av den konkurrenspräglade dialogen. Förutom genom hearings förmedlas information på den öppna marknaden på annat sätt till exempel genom att en leverantör meddelar att en ny produkt finns tillgänglig, utan att en upphandling för den sakens skull måste vara förestående. Det är flexiblare och mindre resurskrävande att jobba öppet mot marknaden än att tillämpa den formaliserade konkurrenspräglade dialogen. Denna kräver för att ta ett exempel ett förfrågningsunderlag vars kriterier inte är möjliga att avvika från i tilldelandet av kontraktet även om det under dialogen framkommit att den valda viktningen av ett kriterium i själva verket är av mycket mindre vikt än vad som angivits i förfrågningsunderlaget. Möjligheten att anpassa upphandlingen till de

förändrade förutsättningar som ofta uppstår under en lång upphandlingsperiod är enligt Alm fortfarande alltför restriktiv även om tanken med förfarandet är god. Det är hur som helst ett viktigt steg att man nu ändå öppnar för dialog på ett tidigt stadium i upphandlingsprocessen.

Det bör emellertid påpekas att de informella mötena oftast inte är kopplade till ett specifikt upphandlingsförfarande. Det är troligt att de allra mest sofistikerade lösningarna från leverantörernas sida inte kommer fram på en informell hearing. Här kan den konkurrenspräglade dialogen fylla ett behov, särskilt vad avser funktionella lösningar och väldigt avancerad utrustning. Dock kvarstår det snäva tillämpningsområdet. Sanfridsson och Alm menar därför att idén med den konkurrenspräglade dialogen inte är dum, men att omfattningen av förfarandet troligen kommer att bli högst begränsat. För MA-Skånes del kommer förfarandet att bli ytterst ovanligt. I ljuset av MA-Skånes tradition att ha de informella mötena känns det nya upphandlingsförfarandet väldigt icke-flexibelt. Trots detta menar Sanfridsson att fördelarna med förfarandet uppväger nackdelarna.

Sanfridsson anser det tänkbart att den konkurrenspräglade dialogen har potential att skapa en bättre konkurrens när den tillämpas rätt och nämner den senaste telefoniupphandlingen där man tillämpade förhandlat förfarande som ett exempel. Hade man istället fört en dialog hade man gått lite djupare i upphandlingsobjektets komplexitet och då hade man enligt Sanfridsson absolut undvikit en del problem eller åtminstone löst mer källor till dem. Andra tänkbara upphandlingsobjekt som kan utgöra ”ett särskilt komplicerat kontrakt” för Region Skåne är Öresundstågen, Öresundsbron eller ett nytt sjukhus. Datanät är ett annat möjligt upphandlingsområde liksom framtida PPP-projekt, till exempel ett äventyrsbad i en kommun eller Percy Nilssons arenakomplex i Hyllie. Sanfridsson förbådar att genomslaget för den konkurrenspräglade dialogen kommer att bli tyngre på kommunnivå än på regionnivå.

4.3.2 Konfidentialitet, resurser och förhandlat förfarande

Vad avser risken för att konfidentiell information läcker ut under upphandlingsprocessen är den enligt Sanfridsson uppenbar, särskilt om processen tar tid. Problemet ligger dock inte hos den offentlige upphandlaren. Det är däremot oerhört svårt att upprätthålla vattentäta skott mellan leverantörerna. Marknaden håller omöjligt tätt om en stor affär. Under den tidigare omtalade telefoniupphandlingen kunde man (alltför) detaljerat läsa branschtidningar om upphandlingsprocessen under tiden den genomfördes. Vid stora kontrakt har man ofta att göra med globala företag som är synnerligen angelägna om att komma ut med att man förhandlar. Alm menar att risken för läckage i konkurrenspräglad dialog inte skiljer sig från andra upphandlingsformer. Den avgörande faktorn är istället hur många personer som är involverade i processen; ju fler personer desto svårare är det att hålla tätt.

Att den konkurrenspräglade dialogen är resurskrävande är tveklöst. Ska man diskutera upphandling av nya öresundståg behöver man enligt Sanfridsson en upphandlare, tekniska experter, juridiska experter och gedigen ekonomisk kompetens. Det är därför i princip bara de stora (internationella) företagen som kommer att kunna delta i det nya förfarandet. För MA-Skånes del är det snarare politisk tidspress än resursbrist som gör att förfarandet avskräcker.

På tal om relationen mellan konkurrenspräglad dialog och förhandlat förfarande anför Sanfridsson följande. Det är inte troligt att den konkurrenspräglade dialogen blir utkonkurrerad. Det är för det första i väldigt få fall förfarandet kan tillämpas. I vissa fall är kontakt med leverantörerna mer behövd före anbudet än efter, varför det under alla omständigheter kommer att finnas tillfällen då den konkurrenspräglade dialogen kommer att tillämpas. I detta förfarande är förutsättningarna mer öppna till skillnad från i det förhandlade där anbud redan lagts vilka man sedan inte kan avvika från i någon större utsträckning.

Det finns annars en vilja att kunna utnyttja det förhandlade förfarandet i större utsträckning. Problematiskt är dock enligt Alm att rättspraxis och annan vägledning om förhandlade förfaranden saknas. Det är slutligen intressant att notera att regionen aldrig utger någon betalning till deltagande leverantörer i en upphandlingsprocess, inte ens vad gäller det förhandlade förfarandet.

4.4 Konkurrenspräglad dialog för IT-leverantörerna

De upphandlingsansvariga hos tre IT-leverantörer av olika storlek som bedriver verksamhet i regionen har intervjuats. Deras attityder till den konkurrenspräglade dialogen redovisas nedan i storleksordning.

4.4.1 Atea

Atea är ett företag med ca 1500 anställda på 24 platser runt om i Sverige. Företaget är den tredje största IT-infrastrukturleverantören i Europa och marknadsledande i Norden. Man har en stark fokusering på offentlig sektor, ca 50 % av företagets försäljning i Sverige är offentligt upphandlad. Ateas upphandlingsansvarige; Mikael Larsson, har en mycket gedigen upphandlingsbakgrund och kände till den konkurrenspräglade dialogen ganska bra sedan tidigare.

Larsson menar att den konkurrenspräglade dialogen är mer flexibel än den förhandlade upphandlingsmodellen då den bättre tar tillvara de komplexa upphandlingarna genom att kontakten mellan upphandlare och leverantör

sker i ett tidigare skede. Den konkurrenspräglade dialogen har därmed en väldigt stor fördel jämfört med det förhandlade förfarandet. Ur ett upphandlarperspektiv måste vidare det nya förfarandet vara perfekt. Larsson menar att det definitivt finns ett behov för leverantören av att diskutera upphandlingsobjektet med upphandlaren innan anbud lämnats.

Dock skall det enligt Larsson inte stickas under stol med att förfarandet är oklart liksom mycket annat i den nya EG-regleringen. Detta i kombination med den otillräckliga kompetens som finns på både upphandlar- och leverantörsidan kan göra tillämpningen och användandet av det nya förfarandet något osäkert. Att en av Regeringskansliets implementeringsansvariga vid en föredragning inte kunnat förklara innebörden i en annan nyhet i direktiven bådär enligt Larsson inte direkt gott i sammanhanget.

På frågan huruvida förfarandet kan väntas generera en bättre konkurrens inom branschen anför Larsson att allt beror på hur professionellt förfarandet genomförs. Han är dock inte säker på att förfarandet tilltalar leverantörsidan. Det bör dock vara tilltalande, även för leverantörsledet då den upphandlande myndigheten och leverantören får möjlighet att tala samma språk. Den största fördelen med förfarandet är möjligheten att interagera med kunder i det viktiga initialläget. Förfarandet medför att kunden får kännedom om vad som gäller på marknaden just nu, vilket det av Larssons erfarenhet varit så och så med tidigare.

Vad gäller risken för att konfidentiell information läcker ut under processen menar Larsson att kraven på den offentliga upphandlaren att upprätthålla stringens och affärsmässighet är mycket höga. Man måste därför från leverantörernas sida vara ytterst försiktig med vilken information som delas ut. Vad gäller den egna branschen förmedlas att IT-sektorn är liten och att kontakterna mellan aktörerna kan vara täta. Denna faktor kommer emellertid inte avskräcka Atea att delta i dylika förfaranden, men det är trots allt en risk som måste tas med i den affärsmässiga analysen.

Att förfarandet är resurskrävande understryks av Larsson. Emellertid kan företaget redan nu lägga 700-1000 h på en offert vid omfattande upphandlingar. Resurserna man är beredd att lägga på förfarandet beror givetvis på hur stort kontraktet är. Att dialogen tar tid kan affärsmässigt vara väl investerade resurser. Att småföretagen kommer att ha stora problem att resursmässigt klara en konkurrenspräglad dialog är uppenbart. Jag förevisas ett omfattande förfrågningsunderlag med mängder av komplexa ekvationer som omfattar en stor pärm. Självklart fixar "Nisse på hörnet" inte detta. Larsson uttrycker dock förvåning över att vissa mindre företag ändå är med i stora upphandlingar och med framgång lämnar anbud.

Atea kommer definitivt att ta chansen att delta i en konkurrenspräglad dialog i framtiden. Många IT-lösningar har förutsättningarna som krävs för att kontraktet skall kunna anses som särskilt komplicerat, t ex genomförandet av 24h-myndigheten. Även verksamhetssystem såsom löne-

och ekonomisystem är synnerligen komplexa och kan bli föremål för en konkurrenspräglad dialog.

4.4.2 Apptus

Apptus affärsidé är att erbjuda ett intelligent sätt att kunna lagra och sedan bearbeta datainformation på. Man ligger bakom sökmotorerna till eniro.se och cdon.com. De offentliga upphandlingskontrakten utgör 6 % av Apptus försäljning och man har bland annat varit leverantör till Sveriges Radio och Stockholm stads webbplats. Företaget har 45 anställda och är växande. Ulf Stål är företagets marknadschef. Han har mångårig praktisk erfarenhet av offentlig upphandling men är inte insatt i det juridiska regelverket eller i den konkurrenspräglade dialogen före mötet. Stål är överlag positivt inställd till det nya förfarandet och anser att det förefaller vara flexibelt och definitivt del i en utveckling som går åt rätt håll. Att upphandlingar idag skulle vara alltför komplexa är inte ett påstående som understöds av Stål. Det är mycket bättre med en rigid reglerad lagstiftning än ”vilda-västern”.

Apptus är som alla andra leverantörer under en upphandlingsprocess beroende av att upphandlaren är rätt i tanken, vilket kommer att underlättas med det nya förfarandet. Ståls uppfattning är att offentliga upphandlare generellt har tämligen dålig kunskap om IT-söksystem. Hans tro är vidare att kommuner och myndigheter i framtiden kommer att ha ett ökande behov av nydanande tekniska lösningar, till exempel avseende 24h-myndigheten. På frågan om den konkurrenspräglade dialogen kommer att kunna generera en bättre konkurrens i branschen blir svaret därför ett definitivt ja. Stål anför att det är torftigt ute på marknaden idag. Resursslöseri förekommer utan att man egentligen vet vad som krävs. Många affärstekniska lösningar i branschen är konkurrensmässigt i botten. Därför tror Stål att den konkurrenspräglade dialogen kan innebära kostnadseffektivitet för den upphandlande myndigheten. Då proceduren dessutom tilltalar Apptus är det troligt att företaget kommer att delta i en dylik upphandlingsprocess när tillfälle ges. Emellertid är Apptus lösningar inte särdeles komplexa. Inom IT-branschen nämner Stål så kallade billingsystem på telecom som ett exempel på ett särskilt komplicerat kontrakt.

Att förfarandet är resurskrävande ser inte Stål som något problem. Han menar till och med att man från leverantörshåll i branschen varit alltför likgiltig med resurserna hittills. De upphandlingskontrakt Apptus väljer att kämpa om får helt enkelt kosta om de affärsmässigt bedöms vara värda det. Stål medger att det finns en risk för att oönskad information kommer att läcka ut under en konkurrenspräglad dialog, men denna kommer inte att avskräcka Apptus att delta. Risken för informationsläckor får tas med i den totala riskbedömningen.

4.4.3 Forsler & Stierna

Forsler och Stierna Konsult är specialiserat på datasystem och servrar för kollektivtrafik och ligger bland annat bakom Skånetrafikens Reseplanerare på Internet. Man har med ett fåtal undantag samtliga Sveriges länstrafikbolag som kunder. Företaget livnär sig uteslutande på upphandlingskontrakt. Sten Forsler är VD i företaget som har åtta anställda. Han är inte insatt i LOU eller konkurrenspräglad dialog men har en hel del praktisk upphandlingserfarenhet.

Om komplexiteten i företagens produkter anför Forsler att utvecklingen går rasande fort framåt och att denna accentueras genom de ofta skraddarsyddade lösningarna. Det sker en explosion i kraven på trafikinformation. För Forsler är därför den konkurrenspräglade dialogen ett alldeles utmärkt förfarande. Förfarandet är flexibelt genom att man kan komma ifrån de småsaker den upphandlande myndigheten hängt upp sig på som inte har någon större betydelse och vars frånvaro gör produkten billigare. Största fördelen med förfarandet är annars att man bättre kan matcha upphandlarens ibland svårgripbara behov så att man inte lämnar en offert på ett system upphandlaren egentligen inte vill ha. Det är uppenbart smidigare att kunna ventilera lösningar muntligt än skriftligt. Det finns alltid ett behov av en dialog mellan upphandlande myndighet, särskilt vid komplicerade kontrakt. Detta behov har man ej bemött med informella hearings såsom Region Skåne utan på ett helt annat sätt. I denna bransch när selektivt eller förhandlat förfarande tillämpas tillåts de utvalda leverantörerna skicka in frågor till upphandlaren. Tämligen omfattande frågelistor upprättas av alla spörsmål som inkommer om upphandlingsobjektet. Frågorna besvaras skriftligt av upphandlaren som måste delge alla svaret. Det är inte sällan ett stort antal frågor som kommer in. Forsler jämför med konkurrenspräglad dialog där förfarandet med de utvalda leverantörerna utförs muntligt och är mer fritt.

Det är enligt Forsler svårt att svara på om förfarandet genererar en bättre konkurrens i branschen. Klart är i alla fall att företaget kommer att behöva ägna mindre resurser på att skriva onödiga delar av anbud. En hämmande faktor i sammanhanget menar Forsler kan vara leverantörernas farhågor för att konfidentiell information läcker ut. Det finns en risk att leverantörer avstår från att föreslå spetslösningar, vilket definitivt inte gynnar konkurrensen eller förfarandets effektivitet. Forsler menar dock att denna avhållsamhet inte beror på upphandlingsförfarandet i sig utan på grund av att alla känner alla i branschen. Man känner enligt Forsler sin uppdragsgivare väl, vilket jag med största sannolikhet får anta då företaget delar lokaler med Skånetrafiken. Branschens aktörer träffas också regelbundet i olika forum. Forsler hävdar dock att företaget är villigt att ta risken då fördelarna ändå uppväger nackdelarna.

Vad angår resursproblematiken i den konkurrenspräglade dialogen nämner Forsler språket som en viktig faktor. Språket i branschen är mycket komplext med talrika facktermer. Det finns inom branschen många tyska

aktörer som inte kan engelska i tillräcklig omfattning. Han befarar en stor risk för missförstånd i den konkurrenspräglade dialogens dialogmöten mellan upphandlare och leverantör med olika modersmål, vilket på något sätt måste lösas. Forsler säger vidare att företaget alltid har fått betalt när man nått förhandlingsstadiet i det förhandlade förfarandet. Han menar att betalning givetvis hade underlättat mindre leverantörers deltagande i en konkurrenspräglad dialog men betonar också att mycket beror på hur stort kontraktet är.

Företaget är annars ganska rutinerat på att hantera stora och komplexa kontrakt. Jag företes en mastig pärm med förfrågningsunderlaget till en ny reseplanerare till ett länstrafikbolag som företaget lämnat anbud på och konstaterar att det måste ligga ett oerhört resurskrävande arbete bakom anbudet, särskilt för ett företag med åtta anställda.

Kommer då företaget välja att delta i en framtida konkurrenspräglad dialog? Svaret från Forsler är ett tydligt JA. Företaget är redan vant vid att lägga ner mycket resurser på upphandlingar och det är Forslers uppfattning att man tjänar in mycket på att kunna föra en dialog. Dessutom får man möjligheten till kontakt med upphandlaren innan anbudet har lämnats, till skillnad från det förhandlade förfarandet där man i den tämligen ensidiga förhandlingsfasen i princip inte tillåts ändra någonting i sin lösning. Om Forsler skulle välja mellan förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog föredras den senare, då det generellt alltid är bättre att ha kontakten på ett tidigare stadium. En önskan från Forslers sida är emellertid att förfarandena skulle tillåtas att komplettera varandra; först en dialog mellan utvalda leverantörer, och sedan förhandling med leverantörerna efter det att anbud har lämnats.

5 Diskussion och slutsatser

Det har nu blivit dags att summera slutsatserna av en termins studier av den konkurrenspräglade dialogen, dels innebörden rent juridiskt och dels de faktiska och förmodade erfarenheterna av institutet.

5.1 Hämmande eller konkurrensfrämjande?

Den konkurrenspräglade dialogens syften är att vara ett *flexibelt* upphandlingsförfarande, att upprätthålla *konkurrens* mellan ekonomiska operatörer och att tillgodose den upphandlande myndighetens *behov av att diskutera* alla aspekter av ett särskilt komplicerat projekt med varje enskild anbudssökande. Har då den konkurrenspräglade dialogen potential att uppfylla sina syften eller är den rent av hämmande för dem?

Svaret måste nog bli både och, och att det beror på.

En avgörande faktor för det nya förfarandets livskraftighet kommer att bli tolkningen av uttrycket ”ett särskilt komplicerat kontrakt”. Bedömningen skall ske utifrån vad för varje normalt kunnig och insiktsfull upphandlande myndighet framstår som särskilt komplicerat. Dessutom skall det tas hänsyn till den aktuella upphandlarens specifika förmåga att hantera kontraktet; vad denne borde kunna klara av. Att det enligt de intervjuade IT-leverantörerna finns en potential för särskilt komplicerade kontrakt i branschen är uppenbart. Utvecklingen går snabbt framåt. Trots att många till synes särskilt komplicerade kontrakt lätt kan räknas upp är den stora frågan var EG-domstolen eller en svensk domstol drar gränsen.

Även om vi efter hand får rättspraxis på området är risken emellertid stor att denna inte kan komma till så mycket hjälp, då avgörandena kommer vara inriktade på den specifika upphandlarens förmåga i varje unikt fall. Den rådande vagheten bidrar inte till förfarandets åsyftade flexibilitet. En annan klar risk med framtida avgöranden är att de kommer divergera alltför mycket. Jag har i intervjuerna märkt en tydlig irritation på nuvarande inkonsekvent länsrätts- och kammarrättspraxis.

Hur resonerar man då som upphandlande svensk myndighet när man år 2009 förhoppningsvis har förfarandet tillgängligt i svensk lag? Man kan modlöst fortsätta med det förhandlade förfarandet men man kan också välja att tillämpa dialogen, som man faktiskt gjort i Danmark över ett dussin gånger sedan 2005 eller som man hade gjort i övriga medlemsstater omkring 500 gånger vid utgången av år 2006.¹⁶⁴ Man får säga att det är uppenbart att

¹⁶⁴ Treumer, Steven: The Field of Application of Competitive Dialogue, PPLR, 2006, s. 308.

förfarandet faktiskt tillämpas och att det som Danmarks erfarenheter lär oss har fungerat i flera situationer. Den konkurrenspräglade dialogen är dock ett komplicerat och resurskrävande förfarande. Det räcker inte att bara införliva det. Det krävs också en kompetenshöjning bland de offentliga upphandlarna och gärna ett vägledande dokument från Konkurrensverket. Det krävs också ett visst mod och pragmatism som vi måhända har mindre av i vår upphandlingskultur i Sverige än vad man har i Danmark. De leverantörer jag har intervjuat verkar vara redo. Det är nu hög tid att upphandlar-Sverige får chansen att tillämpa förfarandet och det är därför ytterst beklagligt att landet ännu inte införlivat de nya upphandlingsdirektiven.

Intervjuerna har tydligt visat att behovet av diskussion mellan upphandlare och leverantör är stort under upphandlingsprocessen, särskilt när ett komplicerat kontrakt är för handen. Ju tidigare kontakten får ske desto bättre. Ur denna synvinkel träffar den konkurrenspräglade dialogen helt rätt. Den bidrar genom möjligheten till diskussion på ett tidigt stadium till den åsyftade flexibiliteten, då den upphandlande myndigheten i kontakten med leverantörerna inte på förhand är bunden av en specifik lösning. De olika lösningsförslagen som framkommer borde rimligen bidra till en bättre konkurrens i branschen. Den stora risken, vilken kan hämma konkurrensen, är leverantörernas farhåga för att konfidentiell information läcker ut under processen. Även om de intervjuade leverantörerna inte skulle avskräckas helt från att delta, kan farhågan utgöra en hämsko som kanske gör att de allra konkurrenskraftigaste lösningarna aldrig ser dagens ljus.

En annan kritisk faktor för konkurrensen är risken att mindre och medelstora företag kommer att avstå från att delta i en konkurrenspräglad dialog på grund av att deras affärsmässiga analys visar att den kostar för mycket. En avgörande faktor för dessa företags möjligheter att delta i dialogen tror jag blir huruvida den upphandlande myndigheten utnyttjar möjligheten att betala leverantörerna för deras medverkan. Enligt intervjuresultaten förefaller det som om praxis vad gäller betalning under förhandlat förfarande skiljer sig mellan branscherna.

Den konkurrenspräglade dialogen råder ej bot på trögheten i den strikt reglerade upphandlingslagstiftningen, den är dock ett steg i rätt riktning. Förfarandet är rent juridiskt faktiskt något ”nytt” i upphandlingsvärlden, men den kommer nog inte innebära ett sådant paradigmskifte som kanske var intentionen. En anledning till detta är, som framkommit i förevarande arbete, att man på andra mindre formella och resurskrävande vägar kan åstadkomma liknande lösningar. I kollektivbranschen har man löst interaktionsbehovet med möjligheten att ställa talrika frågor om upphandlingsobjektet innan anbudet lämnas. För Region Skånes del har man informella hearings där man känner av marknaden och vad som är möjligt att genomföra.

Man får säga att syftena med den konkurrenspräglade dialogen uppfyllts och hämmats på samma gång. Förfarandet tar tillvara på behovet för leverantör och upphandlare att på ett tidigt stadium träffas, det är i sin grundtanke

flexibelt och har potentialen att upprätthålla en god konkurrens. Jag ser främst tre faktorer som hämmar denna utveckling: tillämpningsoklarheter, konfidentialitetsproblematik och resurskrav. Mycket förenklat ser jag tre lösningar på dessa problem: klagörande praxis, upphandlarprofessionalitet och betalning.

Konkurrenspräglad dialog har framtiden för sig. Dock tror jag att kommissionens intention att den konkurrenspräglade dialogen i princip skulle ersätta det förhandlade förfarandet inte är realistiskt. För detta hade krävts mer framåtanda i det nya förfarandet, till exempel att man hade tillåtit dialogen fortsätta efter det att anbudet inkommit. Jag får härmed hålla med vissa kritiker om att man varit lite feg i utformandet av dialogen, men jag vill absolut inte gå så långt som Hane och påstå att den konkurrenspräglade dialogen inte ger ”tillnärmelsevis den flexibilitet som förhandlat förfarande och som komplicerade kontrakt tenderar kräva” eller att det är uppenbart att offentlig-privata partnerskapskontrakt ställer helt andra krav på flexibilitet i förhandlingen än vad den konkurrenspräglade dialogen tillåter.

5.2 Förslag till vidare forskning

Examensarbetet lämnar många uppslag till vidare forskning på den konkurrenspräglade dialogens område. Att detaljstudera den första konkurrenspräglade dialogen som genomförs i Sverige är ett givet framtida forskningsprojekt. Vidare kan en vidareutveckling av examensarbetet ske om ett par år när den konkurrenspräglade dialogen föreslagits i proposition och sedan blivit lag. Då den konkurrenspräglade dialogen kan väntas tillämpas särskilt ofta i samband med offentligt-privata partnerskap vore det också fruktbart om de legala förutsättningarna för dylika partnerskap kunde klarläggas ytterligare.

Internationella jämförelser är tidskrävande men kan också vara fruktsamma. Frankrike och Storbritannien har tillsammans initierat över 400 konkurrenspräglade dialoger. Dessa länders erfarenheter vore väl värda att undersöka. Deras tillämpning skiljer sig säkert åt, då Storbritannien är känt för att hysa en mycket pragmatisk marknadsanpassad upphandlingstradition emedan Frankrikes upphandlingskultur närmast kan beskrivas som protektionistisk. En dylik undersökning kan även vinklas åt sociologiskt håll och inriktas på att fånga ländernas olika upphandlingskulturer.

Ett mer företagsekonomiskt forskningsområde som föreslagits under ett av intervjutillfällena är undersökandet av relationen mellan hur mycket tid en offentlig upphandlare lägger på en upphandling kontra hur mycket deltagande leverantörer lägger ner. Därtill skulle det vara intressant att studera hur mycket tidsåtgången skiljer sig åt mellan de leverantörer som fått kontraktet tilldelat respektive de som inte får affären.

Bilaga A – Utdrag ur Dir. 2004/18/EG

Beaktandesats

(31) Upphandlande myndigheter som genomför särskilt komplicerade projekt kan objektivt sett vara oförmögna att specificera vilka medel som kan tillgodose deras behov eller bedöma vad marknaden kan erbjuda i form av tekniska och/eller finansiella och rättsliga lösningar, utan att därmed behöva utsättas för någon kritik. Detta kan bland annat inträffa vid genomförandet av större integrerade projekt för transportinfrastruktur, stora datanät eller projekt som omfattar komplicerad och strukturerad finansiering vars ekonomiska och rättsliga uppläggning inte kan fastställas i förväg. Om sådana kontrakt inte kan tilldelas genom användning av öppna eller selektiva förfaranden, bör följaktligen ett flexibelt förfarande föreskrivas som garanterar såväl konkurrensen mellan de ekonomiska aktörerna som den upphandlande myndighetens behov av att diskutera alla synpunkter på kontraktet med varje enskild anbudssökande. Detta förfarande får dock inte användas på ett sådant sätt att konkurrensen begränsas eller snedvrids, särskilt inte genom att grundläggande delar av anbudet ändras, genom att nya väsentliga krav åläggs den utvalda anbudsgivaren eller genom att någon annan anbudsgivare än den som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kan komma i fråga.

Artiklar

11. c) konkurrenspräglad dialog: förfarande som varje ekonomisk aktör kan begära att få delta i och där den upphandlande myndigheten för en dialog med de anbudssökande som har inbjudits att delta i detta förfarande, för att nå fram till en eller flera lösningar som kan tillgodose myndighetens behov och som utgör grunden för de anbud som de utvalda anbudssökandena inbjuds att lämna.

Vid användning av det förfarande som avses i första stycket skall ett offentligt kontrakt anses vara "särskilt komplicerat", om de upphandlande myndigheterna

- inte objektivt kan definiera de tekniska medel enligt artikel 23.3 b, 23.3 c eller 23.3 d som kan tillgodose deras behov eller mål, och/eller*
- inte kan objektivt specificera den rättsliga och/eller finansiella utformningen av ett projekt,*

29

Konkurrenspräglad dialog

1. Vid särskilt komplicerade kontrakt får medlemsstaterna föreskriva att den upphandlande myndigheten, om den anser att användningen av öppet eller selektivt förfarande inte medger tilldelning av kontrakt, får använda sig av en konkurrenspräglad dialog enligt denna artikel.

Tilldelning av offentliga kontrakt skall ske enbart på grundval av tilldelningskriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

2. Den upphandlande myndigheten skall offentliggöra ett meddelande om upphandling där den anger sina behov och krav, som den skall definiera i detta meddelande och/eller i ett beskrivande dokument.

3. Den upphandlande myndigheten skall inleda en dialog med de anbudssökande som valts ut enligt bestämmelserna i artiklarna 44-52, där dialogens syfte skall vara att identifiera och definiera hur dess behov bäst skall kunna tillgodoses. Under denna dialog får den diskutera alla aspekter av kontraktet med de utvalda anbudssökandena.

Den upphandlande myndigheten skall under dialogen garantera lika behandling av samtliga anbudsgivare. De skall i synnerhet inte särbehandla någon genom att lämna ut information som kan gynna vissa anbudsgivare i förhållande till andra.

Den upphandlande myndigheten får inte röja för de övriga deltagarna vilka lösningar en deltagare har föreslagit eller annan konfidentiell information som någon deltagare har lämnat utan dennes samtycke.

4. Den upphandlande myndigheten får föreskriva att förfarandet skall äga rum i successiva steg för att minska det antal lösningar som skall diskuteras under dialogen, på grundval av de tilldelningskriterier som anges i meddelandet om upphandling eller i det beskrivande dokumentet. Det skall anges i meddelandet om upphandling eller i det beskrivande dokumentet om denna möjlighet kommer att utnyttjas.

5. Den upphandlande myndigheten skall fortsätta denna dialog tills den kan identifiera lösningar som tillgodoser dess behov, vid behov efter att ha jämfört dessa lösningar.

6. Efter att ha förklarat dialogen avslutad och efter att ha informerat deltagarna om detta skall den upphandlande myndigheten uppmana dem att lämna sitt slutgiltiga anbud på grundval av den eller de lösningar som lagts fram och specificerats under dialogen. Dessa

anbud skall innehålla alla de faktorer och villkor som är nödvändiga för projektets genomförande.

På begäran av den upphandlande myndigheten får dessa anbud klarläggas, preciseras och finjusteras. Sådana klarlägganden, preciseringar, finjusteringar eller kompletteringar får dock inte leda till att grundläggande delar av anbudet eller inbjudan att lämna anbud ändras, eftersom en sådan ändring riskerar att snedvrída konkurrensen eller ha en diskriminerande effekt.

7. Den upphandlande myndigheten skall bedöma de inkomna anbuden på grundval av de i meddelandet om upphandling eller i det beskrivande dokumentet fastställda tilldelningskriterierna och välja det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga enligt artikel 53.

På den upphandlande myndighetens begäran kan den anbudsgivare vars anbud har identifierats som det ekonomiskt mest fördelaktiga anmodas att klargöra vissa aspekter i anbudet eller att bekräfta åtaganden som anges i detta, under förutsättning att det inte leder till ändring av väsentliga delar av anbudet eller inbjudan att lämna anbud, snedvridning av konkurrensen eller diskriminering.

8. Den upphandlande myndigheten får besluta om priser och betalning till deltagarna i dialogen.

Bilaga B – Intervjufrågor

1. Visste du vad konkurrenspräglad dialog innebar tidigare?
2. Tycker du att konkurrenspräglad dialog verkar vara ett flexibelt upphandlingsförfarande?
3. Tror du att konkurrenspräglad dialog kan medföra en förbättrad konkurrens inom din bransch?
4. Finns det som offentlig upphandlare ett behov av att vid komplicerade projekt träffa leverantörerna och diskutera kontraktet innan dessa lämnar in sina anbud? *Alternativt:* Finns det som leverantör ett behov av att vid komplicerade projekt träffa den offentliga upphandlaren och diskutera kontraktet innan anbudet lämnas in?
5. Är det troligt att Region Skåne kommer att upphandla genom konkurrenspräglad dialog i framtiden? *Alternativt:* Är det troligt att ditt företag kommer att delta i en konkurrenspräglad dialog i framtiden?
6. Tror du det finns en risk att konfidentiell information läcker ut under en konkurrenspräglad dialog?
7. Hur ser du på användandet av konkurrenspräglad dialog kontra förhandlat förfarande?
8. Kan du ge ett konkret exempel på ett särskilt komplicerat kontrakt för din bransch?
9. Ser du några andra nackdelar/fördelar med konkurrenspräglad dialog?

Bilaga C – Verifierade intervjuanteckningar

Anteckningar, intervju med Olle Sanfridsson, Region Skåne, Malmö 2007-04-13

MA-Skåne består av 3 verksamhetsområden. Upphandlingsavdelning -40 inköpare, Kundcenter. Lager i Lund. Huvudkontoret i Lund. Kristian och Olle ansvarar för området upphandling. Regionens inköpsvolym 10 miljarder om året. 2006 tecknades avtal för 3,5 miljarder av MA-Skåne. MA-skåne + Skånetrafiken + byggtreprenader (Regionentreprenader) +vissa läkemedel + köpt vård =10 miljarder. Mest pengar är det när sjukvårdstjänster upphandlas. Medicinteknisk utrustning ej så mycket pengar, t ex röntgenutrustning. Dock ganska omskrivet.

All telefoni upphandlades nyligen. Tekniskt komplicerat. Rör sig om ett antal 100' i besparingar per år. Norra Europas telefoniupphandling. Regionen är mycket stor. Inte många företag är så stora att de kan matcha. Regionen måste ha fingertoppskänsla, så att inte de mindre leverantörerna uteslutes. Konkurrensen måste upprätthållas.

Vanligaste förfarandet i dag är förenklat förfarande. Över 1,8 miljoner om året mycket ofta. Sjukvårdstjänster oavsett belopp är alltid förenklad upphandling. Företag i Lissabon kan ej driva vård i Sverige. Ej krav annonsera i Europa. T ex: Vid upphandling av kontroll av röntgenbilder, kom en del anbud in. Särskilt avseende medicinteknisk utrustning. Annars mycket litet antal utländska anbudsgivare.

Grundprincipen i LOU är bra. De nya direktiven: Ramavtalen en katastrof. Nu måste du antingen göra förnyat anbudsgivande eller rangordning. Problematiskt. Inköpscentraler verkar snurrigt, de som utnyttjar centralen kommer att ha ansvaret vilket är snurrigt. Vi hoppades på en förenkling och uppluckring, men så blir det ej. En egen lag för under tröskelvärdet.

MA har en del samarbete med Danmark. Direktiven där snabbt direktöverförda efter översättning. Danmarks erfarenheter av kkp: ej speciellt mycket använd där enligt Olles uppfattning.

Den nya lagstiftningen utgör inget paradigmskifte. Viktning har man redan infört. Detta är direktivens största förändring. Haft viktning fullt ut knappt ett år.

Skadestånd väldigt ovanligt. Amulansupphandling 1999. Diagnosticentrum-medicinteknik skadestånd nyligen avslutad. Överprövningar mycket uppslagna i media. 2006: 200 upphandlingar varav 14 överprövningar. Vi vann alla. En del överprövades till KR. Överprövningarna har klart minskat över tid. De nya direktiven kommer inte att innebära någon förändring i överprövningar.

Olle visste vad kkpdpd var innan intervjun.

Flexibilitet? Nja. Generellt har vi träffar med leverantörerna innan upphandlingar. Kkpdpd är nog inte dumt, men omfattningen av förfarandet kommer nog bli begränsat. För oss på MA-skåne kommer det att bli ”ytterst ovanligt”.

Tänkbara användningsområden: Vid upphandling av öresundstågen, öresundsbron. Att bygga ett nytt sjukhus tänkbart. Telefoniupphandlingen skulle man kunna tänka sig. Denna var en förhandlad upphandling. Mycket svårt att veta de tekniska specifikationerna innan. Datanät ett annat möjligt upphandlingsområde. ”bredband till alla i Skåne” möjligt. PPP-projekt tror Olle att man kan använda kkpdpd till. Dock är detta något ovanligt i Sverige. Det är dock något som kommer, t ex äventyrsbad i kommun. Tror att genomslaget kommer att bli tyngre på kommunnivå än regionnivå.

Man har löst kommunikationsbehovet med förhandlad upphandling och informella träffar ”hearings” innan man sätter igång med processen.

Relationen kkpdpd och förhandlat förfarande: Tror inte att kkpdpd blir utkonkurrerad. Väldigt få upphandlingar där det går. Förhandlad upphandling vill man utnyttja mer, men detta är också begränsat, dock inte lika mycket som kkpdpd. Kraven för båda förfarandena är väldigt lika. Vid upphandling av avancerad medicinteknisk utrustning (en vara) gäller öppen upphandling- katstrofalt- att det ej går att ha förhandlat förfarande. Allt måste vara kompatibelt. Vi vill ha en breddning av förhandlade förfarandet. Den används sällan. Vi har säkert använt den när vi juridiskt ej haft rätt till det!

I kkpdpd väldigt öppet, inget anbud finns.

I förhandlat förfarande finns anbud spikade man inte kan svänga ifrån. Mycket mindre svängrum.

Kkpdpd ej landat hos oss ännu. Känns väldigt snäv. Kom tillbaka om ett år-då känns det kanske annorlunda.

Kan kkpdpd medföra en bättre konkurrens? Ja, det är tänkbart. T ex telefoniupphandlingen. Hade man fört dialogen, som kan ta hur lång tid som helst, hade man då gått lite djupare hade vi absolut undvikit en del problem. Man ligger ju så i framkant att man pratar om morgondagens system. Man hade åtminstone löst mer källor till problem.

Risken att det läcker? Risken är uppenbar. Särskilt om det här tar tid. Vem MA pratar med går vi ej ut med. Om leverantörerna är mer går de gärna ut och berättar om detta. Jättesvårt ha vattentäta skott mellan leverantörerna. Markanden håller inte tätt om så stora affärer. Under telefoniupphandlingen kunde man läsa (alltför) detaljerat om upphandlingen under tiden den genomfördes i Computer Sweden. MA klarar det men inte marknadsaktörerna. Ofta globala företag är med som är oerhört angelägna om att komma ut med att man förhandlar.

Ett behov om att vid särskilt komplicerade kontrakt träffa lev innan anbud? finns absolut. Till viss del kan informellt snack föras om upphandling t ex avseende öresundståg, dock kommer man mer på djupet med kkpd.

Skånetrafiken är mitt i upphandlingen.

Nackdelar: snäv, svårt hålla tätt

Fördelar: dialog, fördjupningen, gå hem och fundera, fler fördelar än nackdelar. Ofta är tidspress ett problem.

Resursfrågan? det går åt en hel del resurser. Ska du diskutera Öresundståg, behöver du tekniska experter, juridiska experter, upphandlare och någon ekonom. Det är därför de stora (internationella) företagen som kommer att kunna delta i en kkpd. Möjligen om det blir ett konsortium, då är ju dock de man har dialogen med stora. Snarare politisk tidspress än resursbrist som gör att en kkpd avskräcker.

Anteckningar, intervju med Ulf Stål, Apptus, Lund 2007-04-17

Affärsidé: Ett mer annorlunda men intelligent sätt att kunna lagra och sedan bearbeta information på. TEKA är en databas som är intelligent, som Apptus bygger affärsidén på. Andra databaser är för kommersiella (breda), klarar ej tuffa förhållanden och krav på akademisk precision och relevans. Har gjort lösningar till Hitta.se, eniro, CDon.com Svarstiden är mycket kort. ”En svensk google i ett affärsmässigt perspektiv.”

Ulf som är ekonom, ingenjör, systemutvecklare och arbetar som marknadschef på Atea är generellt positiv till erfarenheterna av offentliga upphandlingar. De har en struktur, vilket är mycket bra. ”Vi blir väldigt glada när vi möter offentliga upphandlingar.” Är inte juridiskt insatt i LOU utan ”tolkar de direktiv vi får”. Vi styrs ju så bra av den offentliga upphandlaren. Det juridiska perspektivet på upphandlingsprocesssaknas helt hos Apptus.

Ulf kände ej till kkpd innan mötet. Är idag positivt inställd till förfarandet.

Offentliga upphandlare har ingen jättekoll på söksystem. De vet knappast hur algoritmer fungerar. Stor skillnad om myndigheten har hjälp av upphandlingskonsult eller ej.

Ulf menar inte att upphandlingsprocessen idag är för komplex, så var det på 80-talet. Det var en mognadsprocess som nu är över. Då var det mer vildavästern inom IT- och upphandlingsbranschen. Ulf är beroende av att kunden är rätt i tanken.

Flexibelt förfarande? ”Ja, dock är jag lite okunnig.” En utveckling som går åt rätt håll.

Ulf har haft en del marknadskontakt med offentliga upphandlare, t ex Stockholm.se och SR. En RFI (request for information) från ytterligare myndighet på gång.

Har varit förhandlat förfarande i tidigare affärer med offentliga upphandlare.

I dag utgör offentliga upphandlare 6 % av Apptus försäljning. Ulfs tro är att kommuner och myndigheter kommer att ha stort behov av nydanande tekniska lösningar i framtiden, t ex genom 24-timmars myndigheten. Apptus teknik är dock inte så komplex. Man är ej heller ensam i branschen, det finns många spelare.

Bättre konkurrens med hjälp av kkp? Definitivt ja! Det är torftigt ute på marknaden idag. Resursslöseri förekommer utan att man vet vad som krävs. Affärstekniska lösningar är botten. Man får ofta väldigt konstiga svar efter en sökning. Det är ett eftersatt område; ”det fixar IT-avdelningen”. Billigare för kunden med kkp. Ulf är mycket positiv till detta.

Det är troligt att Apptus hakar på kkp om en upphandling kommer att utföras med detta förfarande.

Resurskrävande? Detta är inga problem. Follow the flow and the tren will be your friend. Man har varit för slapp med resurserna hittills.

Hur mkt tid (interdebitering, kostnader) lägger upphandlaren på en upphandling kontra hur mycket tid leverantörerna lägger procentuellt sett avseende de som får affären och de som inte får affären? Man ska vara medveten om under vilka premisser man kvalificerar sig. Dummar man sig går man för långt men får ändå inte kontraktet. Där Apptus väljer att gå vidare får det kosta, en affärsmässig risk får tas. Kostnad Sålda Varor kan vara hur stort som helst. Alla processer är av godo. Ett propellerförfarande. Driva framåt. Så ska en relation vara. Båda parter har ansvaret för hur långt processen skall drivas.

Risken att information läcker ut? Den finns men kommer inte avskräcka Apptus delta i kkp. Har inte varit ett större problem under tidigare

upphandlingar. Men skett har det. Risken finns, men vi kommer inte att avhålla oss. Ta med i riskbedömningen. Fundera på vad man säger till vem, vilken relation man har, nivå av "trust". Partitionera vilken exakt mängd information vi skall dela med oss av.

Om särskilt komplicerat kontrakt: mest komplicerade *kontrakten* är serviceavtal. Om vi tänker *lösningar*. De är inte så komplexa. Billingsystem på telecom där avtalet får hela höjden i relationen är det mest komplexa upphandlingsobjektet.

Anteckningar, intervju med Mikael Larsson, Atea, Kista 2007-04-18

Bakgrund: förvaltningsutbildning, inköpare posten, offentlig upphandlare Karlstads kommun. Varuupphandling, sedan mer och mer tjänsteupphandlingar. Vänersborg inköpschef, Kommentus och sedan Atea. Har läst arbetet så här långt och tillgodgjort sig detta.

Arbetar med att tolka avtal, lösa avtalstvister. Koordinerar upphandlingar, affärsutveckling, avtalsansvarig mot offentlig sektor, proaktivitet och affärsstöd. Inte så mycket överprövningar och skadestånd. Hade nyligen överprövning efter en upphandling som innehåller en del frågetecken genomförd av upphandlingsorganisationen Kommentus. Har suttit med i rundabordssamtal med NOU och VERVA (f.d. statskontoret) samt ingår i IT-företagens juridiska råd. Är ofta remissinstans.

Verva (f.d.Statskontoret) har en mycket utvecklad utvärderingsmodell framtagen av KPMG.

Om Atea: En sammanslagning av olika företag. 1500 anställda i Sverige, 24 platser runt om i Sverige. Sysslar med IT-infrastruktur. Atea är med på de flesta Verva-avtal. Stor del är försäljningen är offentlig upphandling. Har varit öppna och selektiva förfaranden. Någon gång förhandlat förfarande. Förenklad upphandling under tröskelvärdena eller B-tjänster. Ca 50 % av Ateas försäljning är till offentliga inköpare.

Leif Lindstam, jurist, ansvar för implementeringen, är inte tillräckligt insatt i de praktiska konsekvenserna. Kunde inte förklara vad dynamiska inköpssystem skulle innebära. Bådar inte gott...

Om LOU: Ett ramverk som styr en bra. Varierar dock otroligt beroende på vilken kompetens upphandlaren har. Väldigt olika kvalitet på upphandlingar!

Gissar på 500 miljarder upphandling i Sverige per år.

Om särskilt komplicerat kontrakt: Som IT-drift borde det vara intressant för upphandlande enheter. Även verksamhetssystem (lönesystem, ekonomisystem) är komplext. Detta sysslar dock inte Atea med. Larsson hade ganska hyfsad koll på kkpD innan. Varit på utbildning på NOU. Tror de nya direktiven det lag 2009. 24-timmarsmyndigheten ett annat exempel på komplexa grejer.

Flexibelt upphandlingsförfarande? Mer flexibelt än den förhandlade upphandlingsmodellen. Tar bättre tillvara på de komplexa upphandlingarna. Kontakten sker i ett tidigare skede. Måste vara perfekt för upphandlarna.

Bättre konkurrens? Allt beror på hur professionellt förfarandet genomförs. Ej säker på att förfarandet tilltalar leveranssidan. Det bör vara tilltalande även för leverantörsledet då upphandlande enhet och leverantör får möjlighet att tala samma språk.

Behov att diskutera upphandlingsobjektet innan anbud? Absolut. Behovet finns definitivt.

Apptus kommer definitivt nappa på att delta i kkpD. Man måste dock vara försiktig med vilken information som delas ut. Stora krav på upphandlaren! IT-sektorn är liten, man ser mycket av samma folk. Stringens, affärsmässighet viktigt.

Avskräcker detta? Man tar med det i beräkningen och kräver att processen skall hanteras affärsmässigt.

Tidigare läckage? Ja, vid upphandling av informationssystem i ett tidigare arbete öppen upphandling.

KkpD är oklart, liksom en del annat i de nya direktiven.

Danmark använder upphandlingsmodellerna på annat sätt. Förhandlat förfarande används betydligt mer än i Sverige. Vi är mycket mer formellt korrekta. Förhandlat förfarande i Sverige är väldigt ovanligt även om det ”kommer mer och mer”. DK hade väldigt lite erfarenhet av de alternativa upphandlingsförfarandena. Sverige mer försiktiga.

Är du upphandlare och söker stöd från NOU får du bara en mycket strikt juridisk tolkning i avvaktan på ett eventuellt rättsfall.

Knepigt att ramarna i försörjningssektorn är så mycket mer slappa. Ej mycket konkurrens. Hade varit bättre att ha samma lagstiftning för båda områdena.

Resurskrävande? Redan nu lägger Atea 700-1000 timmar på en offert vid omfattande upphandlingar. Tvåstegsraketerna, selektiv upphandling: Knappt 100 timmar först, sedan 500-600 timmar på anbudet. Om Atea lägger 200 timmar på en kommentus-upphandling lägger Kommentus ner 500 timmar i

handläggningen av hela upphandlingsprocessen. Resurserna man är beredd att lägga beror på hur stort kontraktet är. Att det tar tid kan vara väl investerad tid.

SUA-upphandlingar särskilt skyddsklassade, t ex försvar eller kommunala affärskritiska system. Vissa kommuner har gjort det vissa har inte gjort det.

Största fördelen med kkpd? Att komma in på kunden i initialläget. Kunden får reda på vad som gäller på marknaden just nu, vilket det varit mycket si och så med tidigare.

Intressant med internationell jämförelse. Frankrike sämst på att plocka in leverantörer från andra länder. De är fruktansvärt protektionistiska.

Larsson pratade med upphandlare i Helsingborgs kommun och inte mycket anbud kommer från andra sidan sundet. Det har blivit något bättre men det är fortfarande mycket litet. Malmö stad och Lunds kommun har haft lite. Trelleborgs kommun gjorde upphandling på brygganläggning och fick in polskt anbud. Upphandlingschef där är Fredrik Nilsson.

Atea lägger anbud på europainivå, särskilt Norden och Baltikum.

Oegentligheter förekommer inom upphandlingsvärlden, såsom jäv. Förtroendekapitalmässigt fördömt.

Relation mellan förhandlat förfarande och kkpd? kkpd fördel av att du kommer in tidigare i processen, en väldigt stor fördel.

Om nyheterna i direktiven: Många upphandlare tillämpar EG-rätten redan nu. Stringens i ramavtal, bättre affärsmässighet. Elektroniska auktioner: prisproblematik. Pengar sparas dock.

Sven-Erik Harjeskog SOI, svarar gärna på akademiska frågor om kkpd. Har koppling mot hela inköparledet.

Småföretagen har stora problem att klara sig i upphandlingsvärlden.

Viktning används i stor omfattning.

Jag förevisas förfrågningsunderlag på 1 stor pärm avseende 650-750 miljoner/år. En verva- upphandling. Nisse på hörnet fixar inte detta. Förvånande att vissa mindre företag ändå bjuder och klarar det.

Om överprövning: Många större upphandlande enheter har gjort en hel del tveksamma upphandlingar. Dock överprövas dessa aldrig då leverantörerna är rädda att förlora kunden som är så viktig.

Om leverantör som begär överprövning: Varför frågade leverantören inte om detta innan?

Överprövningsbedömningarna bör ges mer kompetens: KR eller specialdomstol. Stockholms LR får bära rätt så mycket.

Byggbranschen mycket stringent. Olika kulturer olika branscher.

Anteckningar, intervju med Sten Forsler, Forsler&Stierna Konsult , Lund 2007-04-19

Företaget huserar vägg i vägg med Skånetrafiken. Kollektivtrafiken är dess specialitet. Har datasystem/servrar för i princip all länskollektivtrafik i Sverige. 20 länstrafikbolag är kunder. De har konkurrenter men är själva stora i branschen. Har alla län utom Kronoberg, Kalmar och Norrbotten. Man ligger bakom Reseplaneraren.

Sten är VD i företaget och är inte insatt i LOU. Bara praktisk erfarenhet. Det är ju beställaren som styr och ställer.

Företaget lever på upphandlingar, båda stora och mindre. Själva trafikupphandlingarna är de ej med i De största upphandlingarna man är med på är trafikdatabaser och Reseplanerare.

Jag förevisas en hel pärm som är förfrågningsunderlaget till när SL skulle ha ny reseplanerare, Många shall-villkor och mycket resurskrävande. Detta fick man sitta med ett antal veckor. Var ett förhandlat förfarande.

Det blir ju alltid behov av en dialog. Detta löses med frågor som skickas in av de som utvalts i den första omgången. Frågelistor kommer in som upphandlaren svarar på och måste delge alla. Det är många frågor, och de kommer i olika omgångar. Frågor kläcks ibland fram mycket sent, några dagar innan anbud. Hela detta förfarande görs i kkpd muntligt. Behovet finns i att beställaren inte vet vad han vill ha.

Erfarenheter av läckage av uppgifter? Nej, men har sett vinklade förfrågningsunderlag anpassade för specifik kund.

Man sitter med i ett konsortium vid väldigt stora upphandlingar.

Språket är en viktig faktor. Mycket facktermer. Många tyska aktörer i branschen som inte kan engelska så bra. Ofta får man svara på svenska i anbuden. Det är väldigt lätt att man missförstår varandra. Kan bli problem i kkpd.

Flexibilitet: småsaker som inte har någon större betydelse i förfrågningsunderlaget vars utevaro gör produkten billigare kan man komma ifrån med kkpd. Kkpd är för vår del alldeles utmärkt.

Bättre konkurrens? Mindre resurser på att skriva onödiga ändringar åtminstone.

Om särskilt komplicerat kontrakt: så fort man pratar om skräddarsydda produkter blir det komplicerat. Sten tycker att mycket av det som handlas upp av det man säljer är särskilt komplicerat. Hela tiden nya fordon och nya krav. Utvecklingen går snabbt. Miljökrav, handikappanpassning. Explosion i information om trafiken. Se i mobilen om bussen man väntar på i snöstorm kommer eller ej.

Svarstiden har beställaren idag väldigt dåligt grepp om vid sökning i databasen eller servern. Man skriver att man vill ha söksvar efter 0,5 s. Det beror på så oerhört mycket. Passar bättre att lösa i dialogform. Ska systemet klara en snöstorm t ex?

Skånetrafiken är största beställaren. Det vi sysslar med är trafikinformation och är egentligen inte en så stor, men dock viktig del i verksamheten.

Kommer företaget hänga på en kkp: JA, vi är redan vana vid att lägga ner resurser på upphandlingar. Man tjänar in mycket tid genom dialog. Idag finns möten efter att anbud har lämnats. Om förhandlat förfarande: erfarenheten av detta var god. Inte ändra någonting, bara svara på frågor.

Risken för läckage? Inte p g a upphandlingsförfarandet i sig utan p g a att alla i branschen känner alla. Risk för kompisskap men inte upphandlingens fel. Marknaden är begränsad. ”man känner alla sina uppdragsgivare väl”. Risk för försäkringar. Finns stora riksmöten, svenska lokaltrafikföreningen etc.

Villiga att ta risken? ”ja, det får man väl göra, fördelarna uppväger nackdelarna”.

Relation mellan kkp och förhandlat förfarande: Jag hade velat att de kompletterade varandra. Det är bättre att ha kontakten på ett tidigare stadium. Förhandlat förfarande är egentligen ganska ensidigt där man bara söker sälja in anbudet.

Resurser: när vi blivit kallade till att precisera anbudet får vi betalt i förhandlat förfarande. Mycket beror på hur stort kontraktet är.

Största fördelen med kkp är att man kommer rätt på det och inte lämnar en offert på ett system upphandlaren egentligen inte vill ha. Det är smidigare att kunna ventilera lösningar muntligt.

Det finns många som tar hjälp av upphandlingskonsulter vid upphandling, t ex Unicon

Anteckningar, intervju med Mattias Åkerlund, NOU 2007-04-20

Beredare på Fi som bereder upphandlingslagstiftningen: Rikard Falkendahl och Gunilla Hulting.

Att upphandlingsregleringen är så restriktiv med icke-skriftlig kontakt beror på risken för otillbörlighet. Det är lättare att behandla leverantörerna lika om dokumentation sker över vad allt som förekommit.

Kkpd kan kan göra förfrågningsunderlagen mer stringenta, men vi ska komma ihåg att vi har att göra med ett undantagsförfarande!

Mattias tror ej dialogen kommer att användas särskilt ofta. Från några fall om året till absolut max 100. Särskilt vad gäller infrastrukturprojekt.

Det finns ju alternativ till kkpd, t ex marknadsundersökningar en offentlig upphandlare kan genomföra innan upphandling för att få koll på marknaden och göra ett bra förfrågningsunderlag.

Den stora risken med kkpd är att det läcker d v s att information/idéer som en anbudsgivare lämnat i dialogen kan överföras till andra potentiella anbudsgivare Detta har av den danska Konkurrencestyrelsen pekats ut som den största risken. ”Cherry-picking.” Här är det mycket viktigt att processen styrs professionellt av upphandlaren.

Dansk kontakt KS: Mariann Larsen och Christina Paludan Melson.

Kkpd är resurskrävande för leverantörer. Bättre att bli bortplockad i början än att bli 2:a.

Mattias tror ej på överprövningseskalering med kkpd.

Mattias menar att kompetens saknas för de offentliga upphandlarna idag. Viktigt att bygga upp intern kunskap.

Anteckningar, intervju med Jerker Alm, Region Skåne, Lund 2007-04-26

Jerker är en av två upphandlingsjurister inom Region Skåne. Har läst SOU:n, men har ingen jättekoll på kkpd.

LOU:s principer är goda. Att utnyttja skattemedel på ett effektivt sätt. Det görs inte bara genom ett formalistiskt konkurrenstänk. LOU innebär också att ickejurister måste tillämpa ett mycket juridiskt regelverk.

NOU är fundamentalistiskt. Minsta motståndets lag. Ser inte verkligheten utan bara paragraferna. NOU är enligt Jerkers mening många gånger allt för strikta och bokstavstroga i sina bedömningar/utlåtanden. Det kan hävdas att NOU i egenskap av tillsynsmyndighet skall inta en strikt hållning, men vad han ser som en brist är att man inte alltid ser till det grundläggande syftet med upphandlingsreglerna - d.v.s. effektivt utnyttjande av skattemedel - utan istället upprätthåller en allt för bokstavstrogen tolkning, innebärande att de medel som skall användas, utnyttjandet av konkurrensen och proceduren för detta, i sig blir ett mål oberoende av om detta ligger i linje med det grundläggande syftet eller ej. Likaså ser man i många fall inte till det faktum att LOU måste ses i relation till annan lagstiftning, t.ex. avtalsrätten, utan man gör sina bedömningar och tolkningar enbart utifrån LOU och inte utifrån ett helhetsperspektiv.

Rimligt att inte få snacka med säljaren om du ska köpa medicinteknisk röntgenutrustning för 100 miljoner? Man har inte tilltron till det muntliga. Men det är ju så människan funkar. Det är inte något normalt beteende att köpa något för en miljon utan att träffa förhandlaren. Däremot skall domstolen slå ner på det riktigt grovt felaktiga upphandlingarna.

Förhandlat förfarande ej så vanligt. Har förekommit i större IT/tekniska upphandlingar. Erfarenheterna har varit goda om man ser till upphandlingsprocessen.

Jerker säger att det kan möta protester när man vid ett förhandlat förfarande träffat en leverantör i 5 h och en annan i 4 h. Så kan man dock enligt Jerker inte tänka. Beträffande förhandlingar i upphandlingar och upprätthållande av likabehandlingsprincipen i dessa situationer så ställs det naturligen stora krav på den upphandlande enheten. Även här krävs dock vid rättsliga bedömningar att instanserna har en insikt i verkliga förhållanden, d v s att oaktat det faktum att anbud lämnas för samma köpeobjekt, så kan det vara nödvändigt att det är olika delar i olika anbud som blir föremål för förhandlingen. Detta bör vara möjligt utan att det anses som ett brott mot likabehandlingsprincipen, givet att förhandlingarna inte får medföra att man frånfäller några obligatoriska krav.

Måna domare är nog osäkra, hade varit bättre med specialdomstolar. Svåröverblickbart. Alla parter skulle nog tjäna på att ha tillgång till en mer flexibel process. Rättspraxis om förhandlade förfaranden saknas. Vägledning saknas. En upphandling kan pågå under ett år och detta klarar upphandlingsreglerna inte av.

Är kkp d så nytt egentligen?

Sett till själva metodiken och det praktiska agerandet har det alltid varit möjlighet till kontakt mellan leverantör och upphandlare. T ex: innan telefoniupphandlingen hade man informella hearings med marknaden ”är detta något ni köper”? ”är detta relevant?” Dessa kontakter är av stor

betydelse som sker helt innan upphandlingsprocessen startar. Man kan hävda att marknaden har varit med om detta rättsligt. När det gäller träffar/hearings med marknaden/potentiella anbudsgivare för att få deras input så kan, såsom anges, de olika former av "samtycke" som ges från potentiella anbudsgivares sida vid dessa sammankomster användas om någon sedan vänder sig emot innehåller/villkor i ett förfrågningsunderlag som bygger på vad som framkommit vid en sådan hearing. Vilken vikt en domstol skulle lägga vid en sådan invändning från en upphandlande enhets sida är osäkert, men man får i vart fall någon form av psykologisk bindning hos anbudsgivarna om att de varit med och påverkat processen, vilket tror jag är positivt och eventuellt kan minska risken för överklaganden.

Behovet att träffas och diskutera finns hela tiden, framförallt i början. Detta tror Jerker att kkpd kan utnyttja. Det blir mer formaliserat jämfört med informellt snack med marknaden innan. Man ska i kkpd ändå ha förfrågningsunderlag innan. Det kan hända saker under tiden, vilket man kan behöva ta hänsyn till. Har man angivit viktning i annonsen och efter dialogen vill ändra detta går det ej. Systemet blir alltför formaliserat. Då bättre att jobba öppet mot marknaden.

Faktumet att det informella redan finns kan ta udden ur kkpd. Då har man ju redan koll på vad som sker. Leverantörerna är ute på marknaden redan, de får information. Alla företag är intresserade av att sälja. Löpande kontakter sker utan att en upphandling för dens skull behöver vara på gång.

Hearingen är dock inte kopplad till ett specifikt upphandlingsförfarande. De allra vassaste lösningarna från leverantörernas sida kommer nog inte fram på en informell hearing. Funktionella termer är kkpd nog bra för. Vid väldigt avancerad utrustning är kkpd bra, men tillämpningsområdet är snävt.

Verklighetsexempel: Öppen upphandling- efter 2 mån i processen är det en stor mässa i Chicago där helt ny teknik uppkommit som gör att det som fanns i förfrågningsunderlaget inte kommer att handlas upp, tekniken är redan omodern. Då gick man över till förhandlat förfarande. Det blir överprövning. MA-skåne skulle enligt domstolen ha förutsett att den tekniska utvecklingen skulle fortsätta. Upphandlaren sitter i ett skruvstäd. Rätten ser nästan aldrig till materiell utdelning. Ser bara till det formella.

Kkpd medför större risker än andra metoder där man får bättre flexibilitet.

Skulle föredra det informella. Vi tänkte göra så här. Hur ser ni på detta?

Risken för läckage: det skiljer sig inte från andra upphandlingsformer. Beror på hur många personer som är involverade i processen, inte vilket slags process man tillämpar. Man utsätts ibland för tryck.

Svårigheterna är när du kopplar pris till en viss prestation vad gäller likabehandlingsprincipen. Verkligheten är inte så enkel att du förhandlar konsekvent likabehandlande med leverantörerna.

Ingen betalning sker till deltagare i upphandlingsprocesserna regionen har.

Kkpd: tanken är god men det skulle vara ännu mer öppet. Steget är ändå viktigt att man öppnar för dialog på ett tidigt stadium.

Leverantören vill ha en förklaring till varför han ej blivit antagen. Den gamla devisen ”kunden har alltid rätt” gäller inte riktigt. I upphandlingsvärlden har i stället säljaren (lite tillspetsat) alltid rätt! Utifrån en upphandlande enhets sida kan det upplevas så eftersom regelverket är så strikt och ger utrymme för att klaga på i det närmaste alla delar i en upphandlingsprocess, d v s regelverket präglas inte av tilltro till köparen. Leverantörer kan alltid komma efteråt. Koppling mellan offentligrättslig process- och avtalsrätt. Denna balans är oerhört svårt att få genomslag för. Leverantören borde också ha ett ansvar eller preklusionsregler. Man blir nu lite för försiktig vilket hämmar affären. Tycker du något är fel bör du agera i rimlig tid. Men allt läggs på upphandlaren. Leverantören kan komma i efterhand efter att ha lurpassat.

Domstolarna skulle kunna lyfta denna fråga. Dock väldigt få domar från högsta nivå och spretande praxis från underrätt. Harmlösa uppgifter som missats att skickas in resulterar i överprövning i ett fall men inte i ett annat. Många märkliga lösningar finns. 10 dagars fristen med Alcatel. Har anbudsgivaren ett ansvar för sitt agerande i processen? Knappast så idag. Det saknas analyserande juridiskt material.

Förvaltningsrätten kostar inget. Kan ifrågasättas. Man får bara betala sina egna kostnader. Man säger att ingen risk finns för okynnesprövningar men det stämmer nog inte helt.

Du förfogar över processen som offentlig upphandlare. Tiden är också en viktig faktor man måste ta hänsyn till. Varje timme du lägger ner i förberedelsen har du mångfalt igen efter kontraktet.

Käll- och litteraturförteckning

EG-rättsligt material

Direktiv

Rådets direktiv 92/50/EEC av den 18 juni 1992 för upphandling av tjänster.

Rådets direktiv 93/36/EEC av den 14 juni 1993 för upphandling av varor.

Rådets direktiv 93/37/EEC av den 14 juni 1993 för upphandling av bygg- och anläggningsentreprenader.

Rådets direktiv 93/38/EEC av den 14 juni 1993 för upphandling av varor, entreprenader och tjänster.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster.

Övrigt

EU:s politik för offentlig upphandling: Offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster,
<http://europa.eu/scadplus/leg/sv/s11000.htm>, 2007-03-16, 10:07.

Kommissionens kommuniké av den 11:e mars 1998, Offentlig upphandling inom EU, <http://europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/l22007.htm>. 2007-03-16, 20:54.

Kommissionens upphandlingspolicy avseende det klassiska direktivet: Förklarande not om konkurrenspräglad dialog,
http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-dialogue_en.pdf, 2007-03-16, 10:19.

Offentligt tryck

Sverige

SOU 2001:31 Mer värde för pengarna.

SOU 2005:22 Nya upphandlingsregler.

SOU 2006:28 Nya upphandlingsregler 2.

Yttrande från Lagrådet angående ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, Fi 2007-02-07.

ByggherreForum: Yttrande över upphandlingsutredningens slutbetänkande ”Nya upphandlingsregler 2” (SOU 2006:28), s. 3.

Övriga Europa

Høringsnotat den 6 april 2005, med forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser.

Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne, 30 juni 2006, www.ks.dk.

Office of Government Commerce, Procurement Policy Division: Practical Guidance on the use of Competitive Dialogue, Information Note 04/06, s. 5, www.ogc.gov.uk/documents/ProcurementPolicyCompetitiveDialogue.pdf, 2007-04-04, 08:18.

Litteratur

Bernitz: Ulf, Svensk och europeisk marknadsrätt, Norstedts Juridik, Stockholm 2005.

Craig, Paul & De Búrca, Gráinne: EU Law –Text, Cases and Materials, Oxford University Press, 2003.

Esaiasson, Peter m fl: Metodpraktikan -Konsten att studera samhälle, individ och marknad, Norstedts juridik, 2003.

Falk, Jan-Erik & Pedersen, Jens: Centrala frågeställningar vid offentlig upphandling, Jure Förlag, 2004.

Rejmer, Annika: Vårdnadstvister, Studentlitteratur, 2003.

Periodisk skrift

Hane, John: De nya upphandlingsdirektiven, ERT 2005, s. 61-77.

Loest-Kennedy, Ciara: What Can Be Done at the Preferred Bidder Stage in Competitive Dialogue?, PPLR 2006, 6, s. 316-326.

Paulsen, Sune Troels & Hjelmberg, Simon Evers: Hvor megen konkurrence skal der være i en konkurrencepræget dialog?, UfR 20. januar 2007, s. 34-39.

Treumer, Steen: Competitive Dialogue, PPLR 2004, 4, s. 178-186.

Treumer, Steen: The Field of Application of Competitive Dialogue, PPLR 2006, 6, s. 307-315.

Verschuur, Steven: Competitive Dialogue and the Scope for Discussion After Tenders and Before Selecting the Preferred Bidder –What is Fine-Tuning etc, PPLR 2006, 6, s. 327-331.

Tidningsartiklar

Lindskog-Bodin, Peter: Sveriges samlade kunskap inom offentlig upphandling, Offentliga affärer, 2007-03-13, www.offentligaaffarer.se, 2007-03-27, 20:50.

Martini, Jakob: Hård rådgiverdyst om Danmarks største sygehusbyggeri. Ingeniøren, 23.03.2007, ing.dk/article/20070323/BYGGERI/103230090, 2007-03-27, 09:42.

Mossheden, Kent: Forslaget om nye LOU –gediget arbejde men ifrågasatt och omtvistat resultat, Offentliga affärer, nr 5 2006, s. 5-9.

StrukturMagasinet, uge 45: Konkurrencepræget dialog bliver fremtiden, www.strukturmagasinet.dk, 2007-03-27, 09:37.

Rosén-Andersson, Helena & Käll, Ulf: Konkurrenspräglad dialog, Offentliga affärer, 2007-03-14, www.offentligaaffarer.se, 2007-03-27, 21:02.

Pressmeddelanden

EU:s pressmeddelanden 2007-03-21: Offentlig upphandling -Kommissionen vidtar åtgärder för att se till att sju medlemsstater införlivar EU-lagstiftningen, <http://europa.eu/rapid>, 2007-03-27, 20:46.

Odense kommun: Odense Kommunes første Offentlig – Private Partnerskab (OPP) sendt i udbud, www.odense.dk/kulturstrategi. 2007-03-27, 09:25.

Slots- og Ejendomsstyrelsen Danmark: Statens første OPP-projekt sendt i udbud, Pressemeddelelse, 2006-03-13, www.ses.dk/41522774, 2007-03-16, 10:29.

Trehøje kommun: Landets første private folkeskole skræddersyes i konkurrencepræget dialog, Nyheter, 2005-01-10,

<http://www.trehoje.dk/nyheder/2005/01-10-ny-skole.htm>, 2007-03-16, 10:40.

Rapporter

Anker Hansen, Per: Konkurrencepræget dialog -Erfaringer fra en udbudsforretning, Folketingets Rapport, 2006-06-08, http://www.a-2.dk/pdf/Konkurrencepr%20E6get%20dialog_pah.pdf, 2007-03-16, 11:04.

Falch, Anne-Marie: Erfaringer med udbudsformen ”konkurrencepræget dialog” –set fra en udbyders perspektiv, Udbudsportalen 2006-08-23, www.udbudsportalen.dk/517046, 2007-03-16, 09:58.

Højgaard, Peter: Konkurrencepræget dilog –Lessons learned, Rapport, 2006-06-08, http://www.a-2.dk/pdf/Konkurrencepr%C3%A6get%20dialog_PHN.pdf, 2007-03-16, 10:51.

Freshfields Bruckhaus Deringer: Competitive dialogue: the EU’s new procurement procedure, briefing, November 2005, <http://www.freshfields.com/publications/pdfs/2005/13494.pdf>, 2007-03-20, 17:11.

MTH Højgaard: Stor interesse for de første OPP-erfaringer, 2006-06-22, <http://www.mthojgaard.dk/da/articles/43749B975C97B940C12571E6006B3892>, 2007-03-27, 10:44.

Region Skåne

Region Skånes upphandlingspolicy, <http://www.skane.se/upload/Organisation/Mål%20&%20policys/Upphandlingspolicy.pdf>, 2007-03-08, 09:51.

Region Skånes organisation för upphandling och varuförsörjning: Avtalswebben, <http://avtal.skane.se/Search.aspx>, 2007-03-08, 09:53.

Examensarbeten

Karlsson, Torgny: Om offentlig upphandling, affärsmässighet och svenska nationella regler, Göteborgs universitet, Department of Law, 2004.

Olausson, Therese: Offentlig upphandling – en kritisk studie av konkurrenspräglad dialog, dynamiskt inköpssystem och elektronisk auktion.

Magisteruppsats, Affärsjuridiska programmet med europainriktning,
Linköpings universitet, vt 05.

Interviewer

Alm, Jerker, regionjurist Region Skåne, Lund 2007-04-26.

Forsler, Sten, VD Forsler & Stjerna Konsult AB, Lund 2007-04-19.

Larsson, Mikael, upphandlingsansvarig Atea, Kista 2007-04-18.

Sanfridsson, Olle, biträdande upphandlingschef Region Skåne, Malmö
2007-04-13.

Stål, Ulf, Senior Business Developer Apptus, Lund 2007-04-17.

Åkerlund, Mattias, juridisk rådgivare NOU, telefonintervju 2007-04-20.

Rättsfallsförteckning

RÅ 2002 ref 50.

C-81/98 Alcatel Austria AG med flera mot Bundesministerium für
Wissenschaft und Verkehr.